



FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO
INSTITUTO SUPERIOR BISSAYA BARRETO

Um Exemplo de Turismo Médico: A Maternidade de Substituição Além Fronteiras

Susana Costa Neto

Mestrado em Direito com Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

2012



FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO
INSTITUTO SUPERIOR BISSAYA BARRETO

Um Exemplo de Turismo Médico: A Maternidade de Substituição Além Fronteiras

Susana Costa Neto

Dissertação apresentada para obtenção do Grau de Mestre em Direito com Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação do Professor Doutor Rui de Alarcão e coorientação do Mestre Rafael Vale e Reis

Mestrado em Direito com Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

2012

“Em relação a todos os atos de iniciativa e de criação, existe uma verdade fundamental cujo desconhecimento mata inúmeras ideias e planos esplêndidos: a de que no momento em que nos comprometemos definitivamente, a providência move-se também. Toda uma corrente de acontecimentos brota da decisão, fazendo surgir a nosso favor toda sorte de incidentes e encontros e assistência material que nenhum homem sonharia que viesse em sua direção. O que quer que você possa fazer ou sonhe que possa, faça. Coragem contém genialidade, poder e magia. Comece agora”

Johann Wolfgang Von Goethe

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação de mestrado traduziu-se numa experiência única, que apesar de difícil e solitária, compensa pelo seu final, pois produz os efeitos desejados, mais que não seja pela concretização de um sonho e a progressão académica à tanto almejada.

Apesar de esta tarefa ser revestida pela dificuldade e solidão, a verdade é que o caminho torna-se mais fácil quando “se corre por gosto”, mas também pelo amparo, carinho e apoio dos que nos rodeiam, pois sem estes o presente trabalho não teria sido possível. Deste modo, fica aqui o meu muito obrigada a todos os que contribuíram para a efetivação deste sonho, mais especificamente,

Ao *Instituto Superior Bissaya Barreto*, pelas condições pedagógicas e físicas dadas ao longo da Licenciatura e mais concretamente do Mestrado, em especial aos serviços académicos, pelo apoio, dedicação, amparo e amizade dado ao longo destes anos, essenciais para a concretização de qualquer objetivo;

Ao *Professor Doutor Rui de Alarcão*, orientador da presente dissertação, pelos seus ensinamentos em que sempre soube transmitir os seus conhecimentos de forma única, pelas suas palavras de incentivo, pela disponibilidade que sempre teve quer a nível profissional, quer a nível pessoal, e acima de tudo por continuar a ser uma referência/ modelo que nos faz querer evoluir;

Ao *Mestre Rafael Vale e Reis*, coorientador da presente dissertação, pela partilha do seu saber, pela sua dedicação a este projeto, pela compreensão e pelo apoio concedido, ao longo da elaboração desta dissertação;

Ao meu *Pai*, que faleceu durante a elaboração da mesma, pelo apoio, incentivo, coragem, e tudo o resto, que as palavras já não conseguem descrever, mas que foram determinantes para a conclusão desta dissertação;

À minha *Mãe*, pelo apoio incondicional, incentivo, coragem, compreensão, pois sem ela nada faria sentido;

À minha *Avó* e ao meu *Avô*, pelo apoio, carinho, disponibilidade e ajuda sempre demonstrada;

Ao meu *Namorado*, por toda a compreensão, apoio, carinho, atenção e ajuda que me ofereceu ao longo deste trabalho, pois sem elas o trabalho teria sido infrutífero;

À minha *Fiel Companheira e Amiga*, Dr.^a Ana Teresa Loureiro, pois com ela as “maratonas” de trabalho, não pareciam tão difíceis, e ainda pelas discussões de ideias, pelo apoio, carinho, encorajamento e hospitalidade dada durante todo este processo;

Aos meus *Amigos*, em particular ao Dr. Bruno Pinto Nunes, ao Dr. Vasco Coelho, ao Dr. Eduardo Barra, à Dr.^a Inês Castro, à Dr.^a Sandra Costa, e à minha querida amiga Cristina Almeida, pelo apoio incondicional que foram dando ao longo da presente dissertação;

E ainda, ao *Dr. António Castro*, pelo seu apoio, e pelas suas palavras, que sempre se consubstanciaram num discurso encorajador também ele determinante para a feitura da dissertação.

RESUMO

Neste trabalho a autora incide o seu estudo sobre um caso de Turismo Médico, mais concretamente no domínio do Turismo Reprodutivo, a Maternidade de Substituição, ou seja, o seu recurso além-fronteiras mais concretamente no que respeita ao fato de hoje em dia se entender o Turismo Médico como um fenómeno global o que origina que se possa falar de universalidade na prestação de cuidados de saúde, vindo a traduzir-se num enorme fator de desenvolvimento, pois são cada vez mais os países que se vêm “obrigados” a criar uma nova industria resultante do recurso ao Turismo Médico estar cada vez mais em voga.

Palavras-Chave: Turismo Médico; Maternidade de Substituição; Procriação Medicamente Assistida

ABSTRACT

In this work the author focuses his study in a case of Medical Tourism, specifically in the field of Reproductive Tourism, Surrogate Motherhood, ie, your use across borders more specifically with regard to the fact that today understand medical tourism as a global phenomenon which leads to that one can speak of universality health care, been translated into a huge factor in development, they are more countries that have been “forced” to create a new industry resulting from the use of Medical Tourism is increasingly in vogue.

Keywords: Medical Tourism, Surrogate Motherhood, Medically Assisted Procreation

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	10
-----------------	----

CAPÍTULO I – TURISMO MÉDICO

1. Enquadramento e definição.....	12
2. “Tipos” de turismo.....	14
2.1 Turismo plástico.....	15
2.2 Turismo odontológico.....	15
2.3 Turismo oftalmológico.....	16
2.4 Turismo ortopédico.....	16
2.5 Turismo oncológico.....	17
2.6 Turismo para mudança de sexo.....	17
2.7 Turismo de transplantação.....	17
2.8 Turismo suicida.....	18
2.9 Turismo reprodutivo.....	19
3. Principais destinos.....	20
4. Critérios que promovem o recurso ao turismo médico.....	21
4.1 Preços competitivos.....	22
4.2 Recursos humanos qualificados.....	22
4.3 Pesquisa e desenvolvimento de tecnologias médicas.....	23
4.4 Desenvolvimento das infraestruturas.....	24
4.5 Desenvolvimento das instituições políticas e legais.....	25
4.6 Economia de mercado.....	25
4.7 Apelo turístico.....	25
5. Critérios que obstam o recurso ao turismo médico.....	26
5.1 Regulamentações internacionais.....	26
5.2 Padrões internacionais de certificação e licenciamento.....	26

5.3 Seguros de saúde.....	27
5.4 Recursos legais de proteção.....	28
5.5 Entrada no país de destino.....	28

CAPÍTULO II – MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

1. Definição.....	30
2. Modalidades.....	32
2.1 Substituição gestacional ou genética.....	32
2.2 Substituição Formal ou informal.....	33
2.3 Substituição Comercial ou altruísta.....	33
3. Controvérsia em torno da aceitação da maternidade de substituição.....	38
3.1 Argumentos contra.....	38
3.1.1 Instrumentalização da criança.....	38
3.1.2 Instrumentalização da mãe de substituição.....	39
3.1.3 Contratualização da maternidade.....	40
3.1.4 Efeito na(s) pessoa(s) contratante(s).....	41
3.1.5 Efeitos na instituição familiar.....	41
3.1.6 Exploração da pobreza.....	42
3.1.7 Questões morais.....	43
3.1.8 Comercialização da vida humana.....	43
3.1.9 Indeterminação de maternidades e paternidades.....	45
3.2 Argumentos a favor.....	46
3.2.1 Respeito pela autonomia pessoal/ contratual.....	46
3.2.2 Direitos sobre o próprio corpo.....	48
3.2.3 Igualdade entre os cidadãos.....	48
3.2.4 Direito a constituir família.....	50
3.2.5 Direito à intimidade e à reserva da vida privada.....	51
3.2.6 Direito ao livre desenvolvimento pessoal.....	52
3.2.7 Efetivação das condições que permitam a realização pessoal.....	53
dos membros da família	

3.2.8 Dádiva de vida.....	54
4. A maternidade de substituição em Portugal.....	54
4.1 Antecedentes.....	54
4.2 Regulamentação antes da entrada em vigor da Lei n.º32/2006.....	57
4.3 Regulamentação com a entrada em vigor da Lei n.º32/2006 (<i>Jus Conditum</i>).....	60
5. A maternidade de substituição no direito comparado.....	64
6. Síntese	68
CAPÍTULO III – O RECURSO À MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO ALÉM-FRONTEIRAS	
1. Direito Internacional e Europeu.....	70
2. Teses de solução.....	72
2.1 Pluralismo Moral na Ordem Interna.....	72
2.2 Conformidade Forçada.....	73
2.3 Harmonização Internacional.....	74
3. A maternidade de substituição além-fronteiras.....	75
CONCLUSÃO.....	79
BIBLIOGRAFIA.....	81

INTRODUÇÃO

“Não lhe posso dar a fórmula do sucesso, mas a do fracasso é querer agradar a todo mundo.”

John F. Kennedy

Dando corpo ao que se constitui como pressuposto à conclusão do Mestrado em Direito, aqui estamos a fazer público o trabalho final, de tese, que nos propusemos elaborar, sob o tema “UM EXEMPLO DE TURISMO MÉDICO – A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO ALÉM FRONTEIRAS”.

Ao avançar com este tema, estávamos perfeitamente conscientes das dificuldades que lhe são inerentes, até do melindre que continua a suscitar junto de muitos, mas fizemo-lo exatamente porque pensamos ser tempo de encarar este, como qualquer assunto, com a frontalidade que deve merecer qualquer abordagem científica ou meramente sociológica, seja do que for.

Em termos de tratamento, optámos por uma estrutura constituída por três partes:

- TURISMO MÉDICO
- MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO
- O RECURSO À MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO ALÉM FRONTEIRAS

sendo que, no final, nos propomos analisar o recurso à maternidade de substituição feita ao abrigo do turismo médico, o seu regime, a sua viabilidade e as suas implicações.

Se é que a pertinência e atualidade são fatores importantes para que se assuma uma temática, não restarão dúvidas de que, quer no que toca ao TURISMO MÉDICO, quer no que respeita à MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO, estamos perante fenómenos sociais, sociológicos, que marcam por tais dimensões.

Efetivamente e no que respeita ao TURISMO MÉDICO, estamos perante um fenómeno que:

- hoje é global, podendo falar-se de universalidade na prestação de cuidados de saúde;

- não sendo novo, é hoje “badalado” em tudo o que é sítio;
- é fator de desenvolvimento, sendo já muitos os Países onde se criou uma nova indústria, diga-se que muito lucrativa;

isto ao mesmo tempo que, no que respeita à MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO, ela é fenómeno que:

- apesar de não ser novo, só nos últimos tempos a sociedade se começou, seriamente, a preocupar com ele, nas sua devida dimensão e implicações;
- em Portugal, marca pela atualidade, tendo a primeira lei que regula esta questão surgido em 2006, não sendo ainda pacífica a sua aplicação, a ponto de alguns projetos de lei ainda estarem a ser discutidos na Assembleia da República.

Em termos de bibliografia, lemos o que se nos foi dado recolher (a bibliografia jurídica existente sobre esta matéria é ainda limitada) e, necessariamente que dela daremos conta no local e da forma mais adequada.

Debruçando-nos sobre o trabalho, tendo que optar por um modelo que garantisse um tratamento desenvolvido em moldes que se adequassem às condições previamente definidas, quer em número de páginas, quer na sua configuração, importará, de qualquer forma, referir que, embora a formulação teórica de tentasse o mais rigorosa possível, pontos houve em que, devido à base assumida, não se terá obtido o rigor completo (se é que, alguma vez, se chega a tal rigor...). Nessas situações, notas de complemento avançam com explicações e indicam direções para estudos mais avançados.

Só o leitor dirá se os objetivos foram alcançados...

Uma referência ao apoio científico, bibliográfico, mas também moral prestado pelo Professor Doutor Rui Alarcão e Mestre Rafael Vale e Reis, a quem, publicamente, queremos deixar expresso o nosso reconhecimento.

Coimbra e ISBB, Março/2012

CAPÍTULO I

TURISMO MÉDICO

1. Enquadramento e definição

Sempre se ouviu falar em movimentação de pessoas, ou melhor dizendo, sempre se assistiu a uma deslocação de pessoas dos locais onde residiam, para outros, que lhes proporcionassem melhores condições de vida, de que é exemplo, o êxodo rural¹.

Também na saúde se começou a assistir a uma “espécie” de turismo, em que as pessoas se deslocavam temporariamente (na sua maioria) para locais onde pudessem obter melhores cuidados de saúde de forma a aumentar o seu bem-estar e consequentemente a sua qualidade de vida.

Se atentarmos à História, verificamos que um dos primeiros fenómenos de turismo médico aconteceu na Grécia, com a deslocação de peregrinos à cidade de Epidauro, santuário do Deus Esculápio², para assim receberem tratamentos que os curasse das suas doenças. Mas a História não se fica por este momento isolado, tendo-se assistido ao longo dos tempos a várias deslocações, de pessoas com vista à sua cura ou ao melhoramento das suas condições de saúde, para locais que apresentassem um clima mais adequado às suas “maleitas” ou que lhes proporcionasse tratamentos, tais como os banhos romanos ou turcos, as curas minerais (presentes nas termas medicinais), entre outra.

Apesar de se entender que uma das vertentes do turismo médico é a que ficou descrita, a verdade é que a sua denominação tem sido mais utilizada para a vertente médica/ hospitalar³. Deste modo, podemos afirmar que houve uma evolução do turismo médico enquanto fenómeno, em que este passou a assumir um maior relevo, talvez em consequência da globalização; do rápido e eficaz desenvolvimento da tecnologia,

¹ A expressão êxodo rural é utilizada para designar “o abandono do campo por seus habitantes, que, em busca de melhores condições de vida, se transferem de regiões consideradas de menos condições de sustentabilidade a outras, podendo ocorrer de áreas rurais para centros urbanos.” (In Wikipedia, http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Axodo_rural).

² Segundo a mitologia greco-romana, o Deus Esculápio, também denominado por Deus Asclépio era o deus da medicina e da cura.

³ É nesta vertente, médico-hospitalar que vamos encarar o turismo médico no presente trabalho, por ser a que melhor se consubstancia com a essência do mesmo.

tratamento e pesquisa; e da proliferação da comunicação, que afetou diversas áreas, na qual se inclui a saúde.

Diversas são as expressões conhecidas para designar este fenómeno, nomeadamente “Turismo Médico”, “Medical Tourism”, “Turismo de Saúde”, “Viagens Médicas”, ou “Viagens de Saúde”.

Conhecem-se várias definições de Turismo Médico⁴, mas podemos resumi-las dizendo que este se trata da deslocação de um paciente enfermo para um país estrangeiro, com a finalidade de obter cuidados de saúde, sejam eles tratamentos médicos ou cirúrgicos, ao mesmo tempo que aproveita para tirar férias, podendo assim gozar de todas as comodidades e oportunidades que este país lhe pode proporcionar.

A rápida proliferação desta figura, assim como o seu conhecimento por países em desenvolvimento, levou a que estes passassem a atrair investidores e pacientes de todo o mundo, pois viam neste negócio uma oportunidade única de rentabilidade, que poderia desenvolver significativamente a sua economia.

Esta figura também é proveitosa para os pacientes, pois na maioria dos casos, estes recorrem ao turismo médico, como forma de evitar longas listas de esperas, preços avultados, serviços de qualidade inadequada, ou até mesmo serviços inexistentes quer por inexistência total de um serviço com os meios adequados àquele cuidado de saúde⁵, ou por recusa dos “serviços” em procederem àquele cuidado⁶.

⁴ CONNELL define turismo médico “*como um processo onde as pessoas viajam longas distâncias para destinos exóticos (...), para obterem cuidados médicos, dentários ou cirúrgicos enquanto, simultaneamente, realizam as suas férias, no sentido mais convencional*”; assim como CABALLERO ao estipular que “*turismo médico é quando os clientes procuram primariamente tratamento médico no exterior do país de origem, seguindo-se a convencional forma de turismo de lazer e descanso nas estâncias de férias comuns*” (Apud, FREITAS, HUGO M.T., “*Turismo Médico: A Globalização da Saúde*”, Dissertação de Mestrado em Gestão e Economia de Serviços de Saúde, Faculdade de Economia da Universidade do Porto, 2010, p.14).

⁵ Para exemplificar esta situação, vejamos a situação que se verificou em Portugal: desde Julho de 2011, que crianças que necessitassem de um transplante hepático não o poderiam fazer em Portugal, pois o único cirurgião especialista nesta área saiu da unidade hospitalar em que se encontrava, levando à suspensão dos transplantes no país. Aliás uma criança, segundo noticiou o Jornal de Notícias, chegou mesmo a ser transportada para Espanha, para avaliação e transplante. Atualmente a situação encontra-se regularizada, uma vez que com o retorno do médico especialista nesta área à unidade hospitalar em causa, procedeu-se à reativação do serviço em Portugal (V. artigo do Jornal de Notícias, publicado em 06 de Fevereiro de 2012, intitulado “*Transplantes hepáticos pediátricos começam quarta feira*”, in http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Saude/Interior.aspx?content_id=2287719).

⁶ Várias têm sido as pessoas que recorrem aos serviços dos especialistas portugueses, para a remoção de tumores que são praticamente inoperáveis. Muitos destes especialistas recusam realizar a cirurgia, pois consideram que esta não será viável, uma vez que o tumor é decididamente inoperável. Mas a verdade, é que temos assistido a casos, em que apesar de os tumores serem considerados inoperáveis, cirurgiões estrangeiros estão dispostos a realizar essas

O recurso a esta figura tornou-se mais facilitado não só pelos meios de comunicação, pelo grande poder económico que se vinha assistindo, mas também pelos baixos custos que acarreta uma viagem. Com isto, presenciou-se então à criação de uma autêntica indústria, capaz de movimentar pessoas por todo o mundo, na procura de melhores cuidados de saúde.

2. “Tipos” de turismo

Como foi referido num momento anterior, o turismo médico é um fenómeno em claro desenvolvimento, que já “conquistou” várias pessoas, por todo o mundo e promete continuar a atrair e a satisfazer clientes de todo o mundo. As razões de recurso ao turismo médico, prendem-se essencialmente com o facto de muitos dos cuidados de saúde pretendidos, serem ilegais no seu país de origem, ou que não estão cobertos ou transpõe o montante admitido pelo seguro de saúde, ou ainda cuidados que para se obterem é necessário passar por procedimentos legais demasiado morosos.

No entanto, temos de apurar quais os propósitos destas pessoas, isto é, com que finalidade é que recorrem a esta figura, pois isso vai determinar o tipo de turismo médico em causa. Deste modo, podemos ter vários tipos de turismo médico, nomeadamente, o turismo estético/plástico, o turismo odontológico, turismo oftalmológico, turismo ortopédico, turismo oncológico, turismo para mudança de sexo, turismo de transplantação, turismo suicida e turismo reprodutivo.

cirurgias. Um dos exemplos mais badalados em Portugal foi o caso do “Homem sem rosto”, em que nenhum cirurgião se arriscava a operá-lo, mas após a emissão de um documentário no Discovery Channel, e posterior contato deste canal, um cirurgião do hospital de St. Bartholomew (em Londres) prontamente se ofereceu para realizar a referida cirurgia. Apesar de em Portugal não se ter realizado a cirurgia, este homem foi operado com sucesso em Chicago, provando-se assim com estes exemplos, que cada vez mais é necessário uma cooperação entre os Estados para assegurar um melhor acesso aos cuidados de saúde e serviços médicos especializados (V. artigo do Jornal Expresso publicado em 19 de Outubro de 2010, intitulado “Homem sem rosto do Rossio remove tumor com 5,5 quilos nos EUA”, *in* <http://aeiou.expresso.pt/homem-sem-rosto-do-rossio-remove-tumor-de-55-quilos-nos-eua=f610133>).

2.1 Turismo plástico

O turismo plástico tem como finalidade a realização de cirurgias para reconstrução de uma parte do corpo humano por razões médicas (cirurgia plástica reparadora) ou estéticas (cirurgia plástica estética).

Para a realização deste tipo de cirurgias os pacientes procuram um local de destino que se apresente como uma referência mundial de qualidade, de que é exemplo, o Brasil. O Brasil sempre apostou na modernização e desenvolvimento dos seus métodos e técnicas nesta área, talvez por se tratar de um país tropical, em que a preocupação com a exposição do corpo sempre resvalou para a cirurgia plástica.

São várias as possibilidades de cirurgias plásticas que são procuradas por estes pacientes, nomeadamente, mamoplastias de aumento ou redução⁷, lipoaspirações⁸, dermolipectomia⁹, ritidoplastias¹⁰, rinoplastias¹¹, blefaroplastias¹², entre outras.

2.2 Turismo odontológico

Turismo odontológico abrange a procura de serviços médicos dentários em países estrangeiros, como forma de contornar, o elevado custo destes serviços nos países de origem. Os tratamentos mais procurados são principalmente implantes, próteses e branqueamentos.

Já se manifesta a procura destes serviços, por cidadãos estrangeiros que enquanto passam férias em Portugal, recorrem a este tipo de serviços, assim como

⁷ A mamoplastia consiste numa cirurgia plástica realizada nos seios humanos, para se proceder ao seu aumento, através da utilização de materiais como o silicone, ou então para se proceder à sua redução, através da remoção de parte do tecido mamário para reduzir o seu volume (*In* Wikipedia - <http://pt.wikipedia.org/wiki/Mamoplastia>).

⁸ Por lipoaspiração entende-se a cirurgia realizada para remoção de gordura de variadas partes do corpo, tais como o abdómen, coxas, entre outras (*In* Wikipedia - <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lipoaspira%C3%A7%C3%A3o>).

⁹ Dermolipectomia é a cirurgia plástica realizada numa determinada parte do corpo humano, tendo em vista a correção do excesso de gordura e pele. Este tipo de cirurgia é frequentemente utilizada quando ocorre uma redução muito acentuada de peso ou em pós-parto. (*In* <http://cliniadecirurgiaplastica.com/cirurgias-plasticas/>).

¹⁰ Ritidoplastia, também conhecida como *facelift*, é uma cirurgia plástica realizada à face, tendo em vista a correção ou até mesmo eliminação de imperfeições decorrentes do avançar da idade.

¹¹ Rinoplastia é uma cirurgia plástica ao nariz, para correção de disfunções ou deformidades traumáticas ou naturais, como forma de melhoramento da respiração do indivíduo ou da sua estética (*In* Wikipedia - <http://pt.wikipedia.org/wiki/Rinoplastia>)

¹² Blefaroplastia é uma cirurgia plástica às pálpebras que tem em vista a remoção de gorduras e peles enrugadas ou descaídas (*In* Wikipedia - <http://pt.wikipedia.org/wiki/Blefaroplastia>).

portugueses que recorrem aos serviços dentários brasileiros, como forma de evitar o seu custo, ainda que baixo comparado com a média europeia.

2.3 Turismo oftalmológico

Por sua vez, também os serviços médicos oftalmológicos se encontram na “rota” do turismo médico. O recurso a este serviço faz-se essencialmente pelas longas listas de espera existentes no Serviço Nacional de Saúde (caso exista), mas também pelo elevado custo do mesmo, em clínicas privadas. Apesar de serem vários os países a fornecer este serviço, tais como Espanha, Brasil, um dos destinos mais badalados nesta matéria e a que os portugueses mais recorrem é Cuba, que possui as técnicas e os aparelhos mais avançados em microcirurgia ocular.

Perante a diferença significativa dos custos¹³, alguns autarcas portugueses chegaram mesmo a celebrar protocolos com os serviços médicos cubanos, para a realização de cirurgias oftalmológicas em idosos mais carenciados.

2.4 Turismo ortopédico

Por sua vez, também os serviços ortopédicos integram a lista de serviços procurados pelos “turistas médicos”, sendo os tratamentos mais procurados as próteses (de joelho, de quadril ou do ombro) e a artrodese da coluna vertebral¹⁴.

O recurso a este tipo de turismo, prende-se essencialmente com as longas listas de espera, assim como do custo destas cirurgias nos países de origem, daí que já muitas pessoas se deslocaram à Índia e ao Brasil para a realização das mesmas.

¹³ Segundo dados do ano de 2008, em Portugal a realização de uma cirurgia oftalmológica às cataratas custaria 1.800€ por olho, sem contar com a consulta e exames pré-operatórios, ao passo que em Cuba, a mesma cirurgia custaria 1.300€, a um ou aos dois olhos, tendo ainda incluído alojamento e alimentação para quinze dias, apoio pós-operatório, deslocações e chek-up completo (V. Artigo publicado em aeiou quiosque, em 10 de Maio de 2008, intitulado “Oftalmologia: Operações em Cuba custam menos 500 euros” - <http://quiosque.aeiou.pt/gen.pl?p=stories&op=view&fokey=ae.stories/9641>).

¹⁴ Este tipo de cirurgia permite a reconstrução da estrutura da coluna vertebral mediante substitutos artificiais, possibilitando assim a recuperação de movimentos.

2.5 Turismo oncológico

O tratamento oncológico, também não ficou indiferente a este fenómeno, de maneira que hoje também podemos falar num verdadeiro turismo oncológico.

Os pacientes viajam para países como Índia, Tailândia, Canadá e México, com a finalidade de obterem tratamentos cirúrgicos de remoção de tumores, quimioterapia, radioterapia, transplantes de medula óssea.

Na maioria dos casos, esta opção pelo turismo oncológico, prende-se com os custos dos tratamentos, que são demasiado caros no país de origem ou não são cobertos pelo seguro de saúde dos próprios, ou ainda por uma esperança, isto é, uma última tentativa de salvamento da sua vida.

2.6 Turismo para mudança de sexo

O turismo para mudança de sexo também é um tipo de turismo médico em expansão, devido sobretudo aos custos do processo, que são muito baixos quando comparados com o país de origem, à diminuição de burocracia ou pré-requisitos existentes nos países de origem, ou ainda derivado ao estereótipo social/moral que as sociedades ainda mantêm relativamente a este processo.

Maioritariamente, os pacientes têm elegido para este tipo de turismo, os seguintes países: Tailândia, Índia, Canadá, e Bélgica.

2.7 Turismo de transplantação

Este é um dos “tipos” de turismo médico mais sensível, e que deste modo tem de ser analisado com um maior cuidado e rigor.

Sempre se ouviu falar em tráfico de órgãos, pois o sistema de transplante existente não era capaz de satisfazer as necessidades de todos, ou o seu processo burocrático era extremamente complexo e moroso.

Com o fenómeno do turismo médico, corremos o risco de se acentuar ainda mais o comércio ilegal de órgãos, que serão maioritariamente fornecidos por pessoas de países pobres, que se sujeitarão a pôr a própria vida em perigo, só para melhorarem a sua qualidade de vida, ou até mesmo para o pagamento de dívidas das duas famílias. Daí que a maioria dos países exportadores de órgãos sejam a Índia, Paquistão, Turquia,

Peru, países do Leste Europeu, entre outros, e maioria dos países importadores sejam os Estados Unidos da América, Arábia Saudita, Austrália, Canadá, entre outros.

Face ao exposto, este tipo de turismo é considerado, por alguns, como uma “*globalized apartheid medicine*”¹⁵, uma vez que beneficia pacientes ricos, normalmente provenientes de países desenvolvidos, em detrimento de pessoas pobres, normalmente provenientes de países em desenvolvimento.

2.8 Turismo suicida

Neste trabalho não pretendemos analisar o fenómeno do suicídio, entendido na sua forma pura, isto é, o ato de uma pessoa se matar a si mesma, mas pretendemos sim, analisar uma das formas de suicídio, que é o suicídio medicamente assistido, também denominado de eutanásia.

Em muitos países desenvolvidos, inclusive na Europa é negado o acesso ao suicídio medicamente assistido, mas ao mesmo tempo, também começamos a assistir à legalização desta prática em alguns países Europeus, tais como Suíça, Luxemburgo, Bélgica e Holanda. O expoente máximo da legalização desta prática assenta na plena atribuição de direitos humanos, nomeadamente por estar em causa a dignidade da pessoa humana. É na Suíça, que se verifica uma maior afluência ao turismo suicida, uma vez que a lei deste país vale para os estrangeiros¹⁶.

Como é óbvio, para estas situações também existe um mercado paralelo clandestino, que pode levar a custos demasiado elevados, e a própria dignidade da pessoa pode ser posta em causa, daí que muitos optem por viajar, para assim preservarem a pouca dignidade que ainda lhes resta no momento da sua morte.

¹⁵ In HADI, ABDULLAHEL, “*Globalization, medical tourism and health equity*”, Symposium on Implications of Medical Tourism for Canadian Health and Health Policy, Canada, 2009, p.17.

¹⁶ O suicídio assistido é uma prática legal que tem sido levada a cabo, maioritariamente em Zurique, por lá estarem sedeadas organizações não-governamentais que proporcionavam esse serviço. Apesar de esta prática ser legal há vários anos, começou-se a questionar a questão, pela sua associação ao turismo médico, ou seja, a Suíça estaria a tornar-se num destino de suicídio. Apesar de esta ser uma realidade, o Referendo realizado mostrou que os eleitores de Zurique estão mais preocupados que este tipo de serviço seja universal e esteja ao alcance de todos, pois todos têm o direito de decidir como e quando querem morrer, do que propriamente com a visão que trespassa, nomeadamente que a Suíça seja vista como um destino de suicídio (Artigo publicado na BBC Brasil, em 15 de Maio de 2011, intitulado “Suíços rejeitam limitar turismo médico”, in http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/05/110515_zurique_referendo_suicidio_rw.shtml).

2.9 Turismo reprodutivo

O turismo reprodutivo, também designado por turismo de fertilização, é também uma modalidade de turismo médico, na medida em que há deslocação de pessoas para um país estrangeiro, de forma a obter cuidados de saúde, ligados diretamente à sua capacidade reprodutiva, dos quais pode ser exemplo a maternidade de substituição, figura que pretendemos analisar ao longo do presente trabalho.

Deste modo, entendemos como turismo reprodutivo o movimento de pessoas para outro Estado ou Jurisdição, de modo a obter determinado tipo de assistência médica reprodutiva, à qual não podem aceder no seu país de origem. São vários os tratamentos, ou seja, as técnicas de procriação medicamente assistida postas ao dispor destas pessoas, nomeadamente, os mais conhecidos, a inseminação artificial¹⁷, a fertilização *in vitro*¹⁸, o diagnóstico genético pré-implantação¹⁹, a criopreservação de ovócitos²⁰, entre outros.

Os principais fundamentos, que levam as pessoas a optar por este tipo de turismo, prende-se essencialmente com: (i) a proibição do tratamento no país de origem por ser considerado legal, moral ou eticamente inaceitável, como por exemplo, a seleção do sexo da criança, não motivada por razões médicas; (ii) a inibição consagrada para determinadas pessoas no acesso a estes tratamentos, por existência de uma conceção que determina que estas pessoas não são aptas para a maternidade/paternidade, como por exemplo, mulheres em situação de menopausa ou homossexuais; (iii) a técnica reprodutiva ser considerada clinicamente insegura; (iv) o tratamento não estar disponível por falta de especialização, como por exemplo, o diagnóstico genético pré-

¹⁷ A inseminação artificial é uma técnica mecânica de colocação do sêmen no aparelho genital da mulher (*In* Wikipedia - http://pt.wikipedia.org/wiki/Insemina%C3%A7%C3%A3o_artificial).

¹⁸ A fertilização *in vitro* é uma técnica laboratorial que consiste em colocar espermatozoides em redor de ovócitos, de modo a formar pré-embriões, que posteriormente serão colocados no útero da mulher (*In* Wikipedia - http://pt.wikipedia.org/wiki/Fertiliza%C3%A7%C3%A3o_in_vitro).

¹⁹ O diagnóstico genético pré-implantação é feito antes da implantação do embrião, em que se deteta as alterações genéticas ou cromossómicas que o embrião pode ter, de modo a evitar a transferência de embriões portadores de doenças (*In* Wikipedia – http://pt.wikipedia.org/wiki/Diagn%C3%B3stico_gen%C3%A9tico_pr%C3%A9-implanta%C3%A7%C3%A3o).

²⁰ A criopreservação de ovócitos tem assumido importância nos nossos dias, pois muitas mulheres que sofrem doenças e que serão tratadas com recurso à quimioterapia, radioterapia ou qualquer outra substância altamente nociva para as células, pretendem preservar a sua fertilidade através da criopreservação dos seus ovócitos, de modo a que um dia mais tarde, possam ainda ser mães.

implantação; (v) as listas de espera serem demasiado longas; (vi) ou ainda que os custos desses tratamentos são demasiado altos²¹.

Devido ao alto custo dos tratamentos, o turismo médico cria aqui uma desigualdade de acesso, pois tendo em conta o princípio da igualdade, o recurso ao turismo reprodutivo é discriminatório e injusto, uma vez que apenas os mais ricos podem obter este tipo de tratamento²². No entanto, este argumento não se encontra isento de críticas, pois as pessoas que proferem este argumento são as mesmas que consagram uma legislação mais restritiva, e para além disso e ainda na opinião de PENNINGS²³, este não se trata de um argumento contra as pessoas que possuem meios financeiros, a não ser que a inveja seja concebida como uma base para o julgamento moral.

Contudo a associação de uma crítica económica a uma desigualdade de acesso não pode sustentar-se, pois uma das causas de turismo reprodutivo, é exatamente o elevado custo destes tratamentos no país de origem. Deste modo, não se verifica uma desigualdade de acesso, pois pessoas com recursos financeiros altos, assim como a de baixos recursos conseguem aceder a este tipo de tratamentos.

3. Principais destinos

Os países de destino de turismo médico são maioritariamente, países em desenvolvimento que apostam no seu desenvolvimento através do recurso a este fenómeno, que foi fomentado pela globalização.

São vários os países que abrem as portas a pacientes internacionais, mas os dois países que mais se salientam neste domínio, são sem dúvida a Tailândia, a Índia e a Jordânia.

A **Tailândia** é de extrema importância para a indústria do turismo médico por ter sido pioneira neste domínio e por apresentar diversos tratamentos nas mais variadas áreas de medicina, tal como cardiologia, plástica, odontologia, neurologia, oftalmologia, ortopedia, oncologia, entre outras. Para além do que já ficou dito, a Tailândia investiu

²¹ V. PENNINGS, G., “*Legal harmonization and reproductive tourism in Europe*”, *Human Reproduction*, Vol.19, N.º12, 2004, p.2690.

²² V. PENNINGS, G., “*Legal harmonization...*”, *ob.cit.*, p.2691.

²³ V. PENNINGS, G., “*Legal harmonization...*”, *ob.cit.*, p.2691 e “*Reproductive tourism as moral pluralism in motion*”, *Journal of Medical Ethics*, 28, 2002, p.338.

muito no desenvolvimento das suas infraestruturas, entre as quais se salienta a construção de hospitais sublimes, o que possibilitou que este país recebesse um maior número de pacientes estrangeiros do que os outros países. Por todas estas razões, a Tailândia é o local de eleição no recurso ao turismo médico.

A *Índia* também é um país de destino solicitado pelos pacientes estrangeiros (ainda que em menor número quando comparada com a Tailândia), para a prestação de cuidados de saúde, nomeadamente na área da cardiologia e ortopedia, que constituem as “especialidades” deste país. A Índia, tem apostado ainda no desenvolvimento das suas infraestruturas, e na divulgação dos seus cuidados, para assim conseguir atrair mais pacientes estrangeiros e deste modo competir com a Tailândia, seu país vizinho.

Também a *Jordânia* tem apostado no desenvolvimento do turismo médico, nomeadamente nas áreas da cardiologia, urologia, neurologia e ortopedia, o que lhe valeu a sua distinção, mais especificamente esta é a primeira escolha de destino médico no Oriente Médio, daí que já seja considerada como “o centro médico do mundo árabe”.

A indústria de turismo médico encontra-se de tal forma globalizada, que são vários os países a investir e a apostar no seu desenvolvimento, ainda que numa fase posterior aos primeiros. Falamos de países que também apresentam especializações em determinadas áreas da medicina e tecnologia de ponta, e que deste modo podem concorrer na prestação de cuidados de saúde. Os exemplos mais conhecidos são Malásia, Filipinas, Cuba, e Brasil.

4. Critérios que promovem o recurso ao turismo médico

Maioritariamente, os países de destino do turismo médico são países em desenvolvimento²⁴, mas apenas alguns prosperam no âmbito deste negócio.

Para um país prosperar neste negócio, é necessário que este apresente (i) preços competitivos, (ii) recursos humanos qualificados, (iii) aposte na pesquisa e desenvolvimento dos métodos e técnicas médicas, (iv) tenha as suas infraestruturas, (v) assim como as suas instituições políticas e legais desenvolvidas, (vi) possua uma economia de mercado, (vii) e seja detentor de elementos de apelo turístico.

²⁴ Por país em desenvolvimento, também denominado de país emergente, entende-se o país que possui um nível de vida entre baixo e médio, uma base industrial em desenvolvimento e um índice de desenvolvimento humano, variando entre médio e elevado (*In* Wikipedia - http://pt.wikipedia.org/wiki/Pa%C3%ADs_em_desenvolvimento).

Estes critérios não são de verificação cumulativa, mas por si só também não são determinantes, daí que estes devam ser analisados como um todo, de forma a que quantos mais critérios estiverem verificados, mais condições apresentará o país de destino, para albergar o turismo médico.

4.1 Preços competitivos

Os países em desenvolvimento conseguem oferecer melhores preços no recurso ao turismo médico, pois o custo dos seus serviços é mais baixo do que nos países desenvolvidos, para além do que, estes países ao investirem na pesquisa e desenvolvimento de métodos e técnicas médicas, ficam mais baratos, do que se tivessem que ir buscá-las aos países desenvolvidos, possibilitando assim aos clientes do turismo médico, pelo mesmo tratamento, um preço mais reduzido.

A diferença de preços influencia ainda o tratamento dado ao doente, pois devido ao baixo custo dos serviços, os hospitais dos países em desenvolvimento podem apostar mais nos seus recursos humanos, de modo a providenciar uma maior atenção e um cuidado personalizado a cada cliente.

Deste modo, na escolha do país de destino, o cliente de turismo médico vai ter em atenção e comparar as condições oferecidas e o preço total (onde se inclui viagens, estadias, e alimentação), sendo que os países que apresentem melhor qualidade ao melhor preço serão aqueles que verão o seu turismo médico desenvolvido.

Em relação aos investidores, os preços praticados também são cruciais, pois se o custo dos serviços for inferior nestes países e eles conseguirem praticar assim melhores preços, eles certamente irão querer investir no turismo médico nestes países.

4.2 Recursos humanos qualificados

É do conhecimento geral, que tal como nos serviços, o preço de remuneração dos profissionais nos países em desenvolvimento, é mais baixo que nos países desenvolvidos, o que vai possibilitar que no preço total de turismo médico haja uma redução significativa do custo, o que vai permitir a prática de preços competitivos.

Para os investidores e mais especificamente para as organizações que desenvolvem o turismo médico, um grande incentivo consubstancia-se na “mão-de-obra” barata. No entanto, se o cliente de turismo médico souber que o custo de “mão-

de-obra” é mais reduzido nestes países, irá ficar com dúvidas sobre a qualidade e competência técnica dos serviços médicos proporcionados.

Para maior atração dos clientes, o ideal é aliar-se o custo de “mão-de-obra” destes profissionais, à sua alta especialização na área, ou seja, pretende-se que estes possuam a competência técnica indicada para aquelas práticas.

Os países em desenvolvimento têm apostado na educação dos seus habitantes, daí que até um trabalhador indiferenciado, seja preparado nas áreas fundamentais, nomeadamente matemática e engenharia, de modo a possuir também ele uma capacidade técnica elevada.

Ao apostar-se na educação e treinamento destes profissionais, estes países conseguem oferecer uma “mão-de-obra” de qualidade, que se encontra ao mesmo nível dos profissionais dos países desenvolvidos, mas a um preço mais reduzido²⁵.

Uma das vantagens dos países em desenvolvimento é a sua alta aposta na pesquisa e desenvolvimento da tecnologia médica, pois se os projetos forem obtidos com sucesso serão os seus profissionais que terão competência para manusear esta tecnologia, não se tornando necessário importar trabalhadores de outros países para treinarem estes a usar a referida tecnologia.

Para além da capacidade técnica exigida a estes profissionais, também a capacidade linguística é determinante, uma vez que uma das componentes a ter em conta nos serviços prestados é a comunicação com o cliente, que será facilitada pelo domínio das línguas. Em determinados países este domínio encontra-se facilitado, pois a língua universal, o inglês, é também a língua oficial do país de destino.

4.3 Pesquisa e desenvolvimento de tecnologias médicas

Para prosperar na indústria do turismo médico é necessário apostar na pesquisa e desenvolvimento de tecnologias suscetíveis de aumentar a produção. Ao fazer-se este investimento, e se este for bem-sucedido, os países irão lucrar com a comercialização desta nova tecnologia, em que os outros países ficarão dependentes da sua opção de venda, ou então lucram pois são o único país que irá possuir aquela tecnologia de ponta para o cuidado de saúde em causa, levando a que muitos pacientes estrangeiros se

²⁵ Salienta-se ainda que os países em desenvolvimento que formam os seus habitantes, ou que possibilitam a formação destes em países desenvolvidos, com a sua ajuda, depois adotam políticas que dificultem a saída destes profissionais do seu país, devido ao elevado investimento que fizeram para promover a sua educação.

desloquem a este país para obter um cuidado de saúde mais simplificado, e mais eficaz. Ao verificar-se esta última hipótese, conseqüentemente o país criador desta tecnologia, representará uma referência mundial de cuidado naquela temática.

4.4 Desenvolvimento das infraestruturas

No investimento feito ao turismo médico é necessário que seja contemplado ainda o desenvolvimento das infraestruturas existentes no país de destino, pois quanto mais desenvolvidas estiverem, maior atração causarão para os pacientes estrangeiros, e para os investidores. Quando estas infraestruturas não se encontrem desenvolvidas ou sejam defeituosas, muitos serviços²⁶ associados a esta nova indústria não se instalarão nestes países.

As infraestruturas cujo desenvolvimento é indispensável para o crescimento do turismo médico são: abastecimento de água e energia, gestão de resíduos, telecomunicações, transporte e instituições financeiras.

Relativamente ao abastecimento de água e energia, se não estiverem desenvolvidas não são uma fonte fiável para os hospitais, daí que muitos investiram em fontes de abastecimento de água e sua purificação, e em geradores, capazes de fornecer uma energia independente.

Por sua vez, também o desenvolvimento da gestão de resíduos é fulcral para o turismo, entendido na sua aceção geral, mas também para os prestadores de cuidados de saúde, nomeadamente, hospitais, clínicas. Para além disso, a inexistência ou a deficiente gestão de resíduos pode criar riscos de saúde, levando assim ao afastamento de turistas e pacientes estrangeiros.

Também é necessário o desenvolvimento das telecomunicações e transporte, uma vez que melhorando-os, as pessoas têm um maior acesso à informação, possibilitando-lhes assim um maior conhecimento do turismo médico naquele país de destino (procedimentos disponíveis, precários), para além do que sem um sistema de transportes não é possível haver uma circulação de pessoas, bens e serviços, que faça prosperar a indústria.

Por último, é ainda importante desenvolver as instituições financeiras nesses países, por duas ordens de razões: (i) por um lado, que o paciente consiga exportar e

²⁶ Os serviços associados ao turismo médico são por exemplo, hotéis, restaurantes, agências de aluguer de viaturas, entre outras.

posteriormente aceder aos seus ativos mais facilmente, e (ii) por outro lado, que exista um crédito de mercado disponível a empresários, para investimentos locais.

4.5 Desenvolvimento das instituições políticas e legais

Ora, o desenvolvimento das instituições políticas e legais também se apresentam como uma preocupação para os pacientes estrangeiros. Antes de viajarem para o país que pretendem, estes informam-se sobre o estado das instituições políticas e legais.

Deste modo, eles irão averiguar se as instituições legais são desenvolvidas e respeitadas, se existem leis e se estas são cumpridas, de modo a que no seu global o país seja capaz de lhes fornecer um ambiente seguro, sem risco de excesso de corrupção, de golpes ou revoluções.

4.6 Economia de mercado

Os países detentores de economias de mercado apresentam-se numa posição de supremacia na promoção do turismo médico, uma vez que aquele tipo de economia é mais flexível e reage mais rapidamente a estímulos, em que proporciona mais facilmente, um crescimento económico.

4.7 Apelo turístico

Apesar de o turismo médico ter em vista a obtenção de cuidados de saúde, não nos podemos esquecer da dimensão turística que também é parte integrante deste fenómeno. Os países destino também não se esqueceram desta dimensão, começando a promover as suas belezas naturais, atrações culturais, para que o paciente tenha conhecimento e usufruto, se for acompanhado pela sua família ou amigos, estes possam estar entretidos, e para que no fim, alguns destes possam espalhar a palavra, de modo a aliciar outros.

5. Critérios que obstam o recurso ao turismo médico

Apesar de o turismo médico se apresentar como um negócio que possui muitos benefícios, a verdade é que ele também possui alguns inconvenientes, que merecem a nossa atenção e análise.

Os inconvenientes que se apontam ao turismo médico são desde logo (i) as regulamentações internacionais, (ii) os padrões internacionais de acreditação e credenciação da instituição médica e seus colaboradores, (iii) os seguros médicos, (iv) os recursos legais de proteção ao dispor dos pacientes, (v) assim como os requisitos de entrada e transporte nos países de destino.

5.1 Regulamentações internacionais

Para uma plena comercialização de serviços e produtos médicos, é necessário a existência de regulamentações internacionais. Neste domínio são vários os acordos internacionais existentes, como por exemplo o *General Agreement on Trade in Services*, o *Agreement on Technical Barriers to Trade*, o *Agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures*, entre outros.

Os acordos internacionais devem ser pautados por duas características fundamentais, a não discriminação, no sentido de que os estados membros não devem discriminar os fornecedores provenientes de diferentes países, e a transparência, na medida em que os estados membros devem comprometer-se à divulgação integral de todas as suas práticas comerciais, incluindo todas as leis e regulamentos que possam afetar aquela prática.

Neste domínio, é fundamental que os países promovedores do turismo médico, introduzam ou alterem a sua legislação de modo a consagrarem uma proteção eficaz dos direitos de autor, marcas e patentes, de modo a que este país possa promover a troca de serviços e produtos médico, assim como atrair investidores.

5.2 Padrões internacionais de certificação e licenciamento

Os pacientes quando recorrem ao turismo médico, para além do serviço propriamente dito, exigem uma qualidade do serviço prestado. E a questão que se coloca, é como é que estes aferem da qualidade do serviço ou instalações? Esta

qualidade pode ser aferida por certificações e licenciamentos, que ainda permanecem como um fator inibidor do recurso ao turismo médico.

De forma a corromper este obstáculo, os países de destino têm tentado cumprir com os padrões internacionais exigíveis e deste modo assegurarem a certificação e licenciamento.

Várias instituições estabelecem normas para a assistência médica, mas no estabelecimento de padrões internacionais encontramos a International Organization for Standardization (ISO), que determina quais os padrões exigíveis a empresas, governos e sociedades, uma vez que estes padrões são necessários para acautelar a qualidade, a segurança e a uniformidade aos potenciais clientes.

David Warner²⁷ entende como previsão futura nesta matéria, que a certificação e licenciamento internacionais serão a norma, e conseqüentemente que os padrões de qualidade, segurança e uniformidade serão universais.

5.3 Seguros de saúde

Antes de tecermos qualquer tipo de comentário acerca dos seguros médicos, temos já de fazer a distinção entre três tipos de sistema de saúde²⁸, nomeadamente, (i) o sistema de seguro privado, em que existem prémios de seguro voluntários pagos às seguradoras pelo empregador; (ii) o sistema de bem-estar público, cujos cuidados de saúde são pagos através dos impostos gerais e, (iii) o sistema de seguro social financiado pelas contribuições relativas ao salário-base.

Um dos impedimentos à clara expansão do turismo médico são as disposições dos seguros de saúde, uma vez que alguns destes não abrangem serviços médicos a realizar fora do país de origem. Deste modo, por via de regra, não se verifica uma internacionalização dos seguros de saúde, o que faz com que os pacientes não possam optar por recorrer ao turismo médico, tendo assim de se submeter apenas aos serviços médicos prestados nos seus países de origem.

Os países em desenvolvimento, destinos de turismo médico, ao verem-se confrontados com esta realidade, alegam que se as seguradoras estendessem os seus seguros de saúde a cuidados de saúde internacionais, seria uma situação que iria beneficiar não só estes, como a própria seguradora, mas também o paciente.

²⁷ Apud BOOKMAN, M., et BOOKMAN, K. in “*Medical Tourism in Developing Countries*”, Palgrave, p.150.

²⁸ Classificação feita por BOOKMAN, M., et BOOKMAN, ob.cit., p.151.

Os países em desenvolvimento beneficiariam claramente na expansão do turismo médico, e consequentemente iriam ter uma maior procura dos seus serviços de saúde, a seguradora lucrava (o mesmo se pode dizer nos casos em que não existe uma seguradora, mas sim um Estado), pois pelo mesmo cuidado de saúde iria pagar menos do que se este fosse realizado no país de origem, para além do que o paciente também lucraria, pois obteria serviços de igual qualidade, num país diferente, que poderia conhecer, para além do que se o custo da seguradora com este foi menor, este também se poderia repercutir neste.

5.4 Recursos legais de proteção

Outra situação que pode inibir a afluência ao turismo médico prende-se com a proteção legal que é dada ao paciente, pois em caso de conflito este apenas se pode valer das leis do país de destino.

Tendo em conta que os países não possuem o mesmo sistema jurídico, nem as mesmas leis, nem possuem uma definição uniforme de negligência e erro médico, a resolução de um possível conflito desta natureza, será claramente influenciado pela lei do país de destino, o que por vezes pode dececionar o paciente, que está habituado a um maior grau de eficiência nestas questões no seu país de origem.

Na nossa opinião, esta vai ser uma questão que irá ser sempre colocada, mas à qual se podia dar menos ênfase se a lei internacional, assim como a lei nacional dos países de destino consagrassem, ou melhor dizendo, adaptassem as suas leis de forma a abranger de forma satisfatória estes legais e legítimos interesses dos pacientes internacionais.

5.5 Entrada no país de destino

No exercício da sua soberania, cada país tem o direito de defender o seu território, através do controlo das suas fronteiras. No seguimento desta ideia, os países de destino exigem aos pacientes internacionais um pedido de visto, assim como muitas outras informações e documentos para poderem entrar naquele país, o que constitui desde já um inibidor de escolha do destino.

Assim, os pacientes internacionais escolherão mais facilmente, um país que lhes coloque poucos ou nenhuns entraves do que um país que coloque uma série de entraves

na sua entrada no referido país. Não podemos censurar esta ideia, até porque se os pacientes recorrem ao turismo médico, é porque efetivamente precisam de cuidados de saúde, e não precisam de associar a este cuidado, um “excesso” de cuidados burocráticos, que não os vai favorecer em nada.

Posto isto, os governantes dos países de destino do turismo médico devem pensar seriamente em excetuar esta situação, concedendo-lhe um regime próprio, mais facilitador e menos burocrático, de modo a que não afugente os pacientes internacionais que ponderaram viajar até aquele país para obter cuidados de saúde.

Atendendo a esta preocupação, os governantes dos países em desenvolvimento, discutiram a possibilidade de se conceder um visto especial, um visto de turismo médico, cuja obtenção estaria mais facilitada, tendo por base um contato prévio com o hospital pretendido, e o registo médico do paciente.

Esta parece-nos ser a melhor solução na tentativa de desinibir o recurso ao turismo médico por esta razão.

CAPÍTULO II

MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

1. Definição

A maternidade de substituição é um fenómeno relativamente recente, no seio da nossa sociedade, e apesar de noutros tempos já terem sido relatadas situações que em muito se aproximam desta realidade²⁹, a verdade é que esta continua a suscitar diversas questões que se traduzem essencialmente na conceção tradicional de maternidade, e consequentemente de família.

São várias as terminologias adotadas para designar este fenómeno³⁰, mas em Portugal adotou-se a expressão “maternidade de substituição”³¹, por influência anglo-saxónica, nomeadamente pelo termo “*surrogate motherhood*”.

Por maternidade de substituição, entende-se o “*acordo mediante o qual uma mulher se compromete a gerar um filho, dá-lo à luz, e posteriormente entregá-lo a outra(s) pessoa(s), renunciando em favor desta(s) todos os direitos sobre a criança, inclusivamente à qualificação jurídica de mãe*”³².

Na exposição da definição anterior, optámos por retirar a expressão dada pela autora “*entregá-la a outra mulher (ou, em casos mais complexos, a um homem),*” e

²⁹ Situações semelhantes já haviam sido relatadas no Código de Hamurabi e na Bíblia, e até na Idade Média já era usual a existência de amas-de-leite, que em muito se assemelham a esta realidade. Para maior desenvolvimento, v. ABREU, LAURA DUTRA DE, “*A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição*”, 2008, pp.9 e 10. Vejamos ainda a situação descrita pelas autoras PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA (“*A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*”, Coleção PLMJ, n.º3, Coimbra Editora, 2011, p.57), referentes a uma descrição da Bíblia, em que “*Sara, mulher de Abrão, pediu a este que tivesse um filho com Hagar, sua criada, para que através dela também Sara se tornasse mãe*”.

³⁰ Como por exemplo, barriga de aluguer, mãe hospedeira, mãe substituta, entre outras. (V. ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, pp.20 e 21).

³¹ Em Portugal, esta terminologia gera alguma controvérsia, pois segundo o ordenamento jurídico português, mãe é aquela que dá à luz (art.1796.º, n.º1 do Código Civil), logo a mulher que gera a criança é que é apelidada de substituta, o que não faz muito sentido, uma vez que quem se vai substituir à mãe é a pessoa que irá criar a criança. (Cfr. RAPOSO, VERA LÚCIA, “*De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*”, Coimbra Editora, 2005, pp.10 e 11).

³² RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.13. Esta definição em muito se assemelha à que foi dada por OLIVEIRA, GUILHERME DE, na sua obra, “*Mãe só há uma (duas)! (O contrato de gestação)*”, Coimbra Editora, 1992, pp.8 e 9.

substituí-la, por “outra(s) pessoa(s)”, na medida em que a criança pode ser entregue a um casal, a uma mulher, ou a um homem³³.

Para a concretização da maternidade de substituição, são várias as possibilidades admitidas³⁴, contudo a questão fulcral a salientar assenta apenas na existência ou não de conexão biológica entre o feto e um ou ambos os elementos do casal, apesar de ser gerado no ventre de outra mulher (através do fornecimento dos espermatozoides e/ou dos óvulos dos elementos do casal).

Para VERA LÚCIA RAPOSO, a *ratio fundanti* do recurso à maternidade de substituição reside no facto de existir a possibilidade de o casal ter um filho que seja detentor do seu material genético, ainda que apenas em parte. Ora, se tal não for possível, a autora afirma que nem se pode falar em direito a ter filhos, o que pode tornar discutível a admissibilidade da maternidade de substituição nestes casos.

A questão não nos suscita qualquer perplexidade, ao contrário do que afirma a autora, uma vez que o direito a descendência, ou melhor dizendo, o direito a ter filhos, não deve ser aferida por um critério de conexão biológica, tal como a nossa própria lei o consagra, afirmando que mãe é aquela que dá à luz (v. art.1796.º, n.º1 do Código Civil), mas sim por um critério “criacional”, na medida que mãe é aquela que cria, que dá o afeto necessário, e proporciona todas as condições a um correto desenvolvimento psico-social.

Aliás, se atentarmos ao recurso à figura da adoção, verificamos que a motivação principal das pessoas é o desejo intrínseco de terem filhos, à semelhança do que acontece na maternidade de substituição, em que a motivação principal também se trata do desejo de ter filhos, e não se iludam os que pensam que as pessoas recorrem à figura da adoção apenas com o intuito de proteger crianças desamparadas e desprotegidas, e não pelo desejo.

³³ Apesar de a questão ser deveras controversa, a verdade é que na minha opinião, a legitimidade para aceder à maternidade de substituição, deve ser concedida a todas as pessoas, desde o mais comum, designadamente a um casal heterossexual, como a casais homossexuais femininos e masculinos, assim como a mulheres ou homens solteiros, que pretendam ter um filho, e que de outra forma tal não seria possível. No entanto, para tal vir efetivamente a acontecer, tem de haver a mudança de mentalidades, que já se iniciou entre nós, através do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo (Lei n.º9/2010, de 31 de Maio). Na verdade, muitas crianças apenas crescem junto do progenitor masculino, e não é por isso que o bem-estar e o melhor interesse da criança são postos em causa. Mesmo não sendo esta a questão de fundo do presente trabalho, é do nosso entendimento que deve ser feita esta alusão, mais que não seja, para acentuar a mudança de mentalidades necessária.

³⁴ Para o efeito, v. OLIVEIRA, GUILHERME DE, *ob.cit.*, pp.8 e 9., e RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, pp.14 e 15.

Por tudo o que foi dito, sem tal impulso movido pelo desejo de serem “pais”, ambas as figuras “caem por terra”, e não é por não existir conexão biológica que se afasta a possibilidade de adoção às pessoas³⁵.

2. Modalidades

São várias as modalidades possíveis de maternidade de substituição, a saber: a Fertilização *in vitro* ou relação sexual, a Substituição gestacional ou substituição genética, o Contrato formal ou informal e a Substituição comercial ou altruística.

Neste trabalho, apenas analisaremos as últimas três modalidades, por uma questão de importância.

2.1 Substituição Gestacional ou Genética

A definição tradicional de maternidade, tal como comprova a expressão romana “*mater sempre certa es*”, reúne na mesma pessoa as características de mãe genética e mãe gestacional.

Atualmente e por todo o exposto até ao momento verificamos que estas características podem não ser coincidentes com a mesma pessoa. Aliás, só o foram até ao surgimento da fertilização *in vitro*³⁶.

Estamos perante uma **substituição gestacional** quando uma mulher carrega em seu ventre um feto, com o qual não tem qualquer vínculo biológico, e por sua vez, estamos perante uma **substituição genética** quando a mulher doa parte do seu património genético para a criação de um feto fora do seu corpo³⁷.

Com o progresso da ciência e das técnicas reprodutivas, e com o recurso, cada vez maior, aos contratos de maternidade de substituição, demonstrou-se mais

³⁵ Em ambas as situações, ou seja, quer na maternidade de substituição, quer na adoção, verifica-se a entrega de uma criança a outra pessoa que a deseja, apresentando como única diferença o facto de que na primeira a decisão de abdicar da criança é tomada antes da geração da mesma, sendo também a motivação para o recurso à mesma, ao passo que na segunda a decisão de abdicar da criança é apenas tomado após o seu nascimento (v. art.1982.º/3 do Código Civil).

³⁶ A fertilização *in vitro* traduz-se numa técnica de reprodução assistida, cujo método de fecundação ocorre fora do corpo da mulher, ou seja, em laboratório, colhe-se e processa-se o sêmen e extraem-se os óvulos. Posteriormente junta-se estes dois elementos numa incubadora e espera-se que a fertilização ocorra, para seguidamente e apenas no caso de a fecundação se verificar, transferir o embrião para o útero da mulher.

³⁷ Neste último caso, não faz sentido falar-se em maternidade de substituição, mas sim em doação de ovócitos.

afincadamente que o conceito tradicional de maternidade foi posto em causa, e que podemos estar perante uma maternidade genética (as que doam o seu património genético), uma maternidade gestacional (as que apenas geram a criança) ou apenas uma maternidade social (as que criam a criança). Aliás, até a própria visão da sociedade sobre as mulheres sofreu alterações, porque estas deixaram de ser vistas como pessoas que naturalmente estavam adstritas a conceber, gerar e criar filhos, passando a ser vistas como pessoas autónomas e libertas de qualquer papel social que as caracterize neste âmbito.

2.2 Substituição Formal ou Informal

Estaremos perante uma *substituição formal* quando esta se efetivar num contrato formal, ou seja, um contrato escrito que tenha em conta o regime geral dos contratos, e que deste modo é gerador de obrigações para as partes contratantes, nomeadamente para a mãe de substituição e para a pessoa ou casal contratante³⁸³⁹.

Por sua vez, estamos perante uma *substituição informal*, quando esta se efetiva através de um “*acordo amigável entre pessoas previamente vinculadas por laços familiares ou de amizade*”⁴⁰, e não por um contrato.

2.3 Substituição Comercial ou Altruística

Tal como o próprio nome indica, a *substituição comercial* assenta numa transação comercial, em que a mãe de substituição irá ser paga por gerar a criança⁴¹, ao

³⁸ Neste caso, importa ainda referir que o contrato celebrado entre as partes, em casos em que a mãe de substituição seja casada, a prática vai no sentido de o seu marido também ser elemento ativo neste contrato, uma vez que em muitos ordenamentos jurídicos, mas particularmente no ordenamento jurídico português, vigora uma presunção de paternidade, isto é, “presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido da mãe” (art.1826.º, n.º1 do Código Civil). Por força dos usos, também se verifica, que quando uma das partes contratantes seja um casal, e apenas um deles tenha contribuído com o seu património genético, é bastante a assinatura do mesmo, não se exigindo a assinatura do outro elemento do casal, para deste modo se repudiar a ideia da comercialização.

³⁹ Nestes contratos normalmente são inseridas cláusulas de pagamento, de imposição de estilo de vida a adotar pela mãe de substituição, e uma que a comprometa a entregar a criança, finda a gestação.

⁴⁰ RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.35.

⁴¹ Não só a mãe de substituição irá ser paga, como também pode haver lugar ao pagamento dos serviços prestados pelo angariador e agentes da mãe de substituição.

contrário do que acontece com a *substituição altruística*, em que a mãe substituta não obtém qualquer pagamento com a geração da criança, a não ser que seja acordado o pagamento de algumas despesas, principalmente despesas médicas, até porque normalmente esta também se traduz numa substituição informal⁴².

A modalidade da substituição comercial não é bem vista aos “olhos” da sociedade, uma vez que se traduz numa transação comercial, envolta no pagamento de quantias monetárias⁴³, por via de regra, à mãe de substituição. Para além disso considera-se que a ponderação da decisão pode não ser sensata e consistente o suficiente porque existe uma “*tentação de uma vantagem patrimonial*” que pode corromper o consentimento que é dado pela mãe de substituição.

Apesar do que foi dito ser uma realidade, a verdade é que o dinheiro sempre movimentou o mundo, e sempre foram tomadas decisões de grande importância e que contendem com a vida e a integridade física das pessoas baseadas no mesmo, senão vejamos, um desportista profissional de boxe, que até pode ter um gosto enorme pela atividade, a verdade é que ele só se sujeita às lesões que efetivamente podem decorrer, pela fama e dinheiro que irá receber se for bem-sucedido. Aliás, neste caso até é mais controverso, pois o boxe é uma modalidade que pode levar a lesões graves e permanentes, ou pôr em causa a própria vida, ao contrário da maternidade de substituição, e tudo, em troca de dinheiro, à aspiração de um futuro melhor em tempos em que a crise se instala, e as formas de a contornar tornam-se escassas⁴⁴.

⁴² Os defensores deste tipo de substituição consideram aceitável “*a sua equiparação a um acordo particular, sendo albergado pelo direito constitucional à reserva da intimidade da vida privada e familiar*” (vide ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, p.56).

⁴³ Nos casos de onerosidade não estamos apenas perante o pagamento de quantias monetárias, podendo existir outro tipo de vantagens patrimoniais, tais como: a doação de um carro, o perdão de uma renda, o pagamento de estudos, entre outras. (Vide VALE E REIS, RAFAEL “*Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida: a criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas*”, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, N.º13, 2010, p.89.).

⁴⁴ Mesmo quando existe uma soma de dinheiro envolvida, não quer dizer que as pessoas se sujeitem a ser mães substitutas apenas por dinheiro. Por exemplo, “*Carole Horlock, mãe de substituição, que já havida dado à luz sete crianças e estava esperando a oitava e que tinha como profissão ser mãe de aluguel, (...). Ao ser questionada sobre o porquê de se submeter a tal condição, ela afirmou ser por questões financeiras e, também, ideológicas. Finalizou dizendo que “ter filhos é completamente normal, qualquer um pode tê-los. Mas ajudar alguém a ser tornar esse sonho realidade é absolutamente único*”. V. ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, pp.33 e 34.

Relativamente à maternidade altruística, esta, ainda que com reservas, é mais bem aceite pela sociedade, mas há autores que entendem que esta também é sensível na medida em que pode levar à exploração da criança e da mãe de substituição⁴⁵.

Ora ainda relativamente à substituição comercial, não poderíamos avançar sem fazer referência às produtoras de bebés, ao papel dos intermediários/angariadores e ainda ao mercado de bebés.

a) Produtoras de bebés

Quando a mãe de substituição recebe um pagamento por carregar no seu ventre uma criança para entregar a outrem, equaciona-se se aqui poderemos falar de uma nova profissão, “as produtoras de bebés”.

Ao analisarmos a questão desta forma podemos dividir as mulheres em dois grupos: por um lado, as mulheres pobres, incultas, muitas vezes até mesmo iletradas, com um trabalho precário ou até mesmo inexistente que se submetem a gerar crianças para posteriormente as entregar a outrem; e por outro lado, as mulheres com abundantes recursos económicos, cultas, letradas, com uma carreira profissional que optam, por opção própria ou por condicionalismos físicos, por confiar às primeiras a tarefa de gerar um filho que posteriormente lhes será entregue para estas criarem e educarem.

Apesar de este ser o regime regra, a verdade é que muitas vezes estas mulheres pobres, incultas e iletradas já se submetem a profissões degradantes para conseguirem subsistir e conseguir um futuro melhor, e não é por este motivo que não se lhe concedem direitos, e aliás, várias são as situações em que a(s) pessoa(s) contratante(s) exigem determinados requisitos a estas mulheres, tais como escolaridade mínima, histórico clínico, condições de higiene, entre outras, o que leva a que não se opte por estas, por não cumprirem esses mesmos requisitos. O mesmo é afirmar que verificando-se a exigência desses requisitos não poderemos falar em exploração das mulheres da classe mais pobre.

⁴⁵ Para mais desenvolvimentos ver NARAYN *apud* RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.37, notas de rodapé 38 e 39.

b) O papel dos intermediários/angariadores

Como já se fez alusão anteriormente, para além da mãe de substituição e do casal ou pessoa(s) contratantes, por vezes também podemos verificar a existência de outras pessoas nesta cadeia negocial, nomeadamente intermediários ou angariadores, que atuam singularmente ou através de agências especializadas.

Tendo em conta que estamos perante uma substituição comercial, estes elementos também vão ter direito a um pagamento⁴⁶ pelos serviços prestados, nomeadamente o de encontrar mulheres que estejam dispostas a ser mães substitutas, pô-las em contato com a(s) pessoa(s) contratante(s), determinar as cláusulas que irão reger este contrato, assim como averiguar a observância das mesmas.

A atividade levada a cabo por estas pessoas, nomeadamente a de promoção da maternidade de substituição, é considerada por muitos como uma conduta censuravelmente reprovável e portanto que deve ser punida.⁴⁷

c) O mercado de bebés

Ao recorrermos à maternidade de substituição, a ideia de um mercado de bebés confere uma certa fé aos casais contratantes, que de outra forma, não conseguiriam encontrar alguém que estivesse disposto a gerar uma criança por eles. Mas esta questão está envolta de controvérsia, uma vez que transmite um pensamento, muito semelhante à escravidão, na medida em que os escravos não eram considerados seres humanos e eram comprados e vendidos, de acordo com as leis de mercado, ou ainda a sua equiparação à comercialização de órgãos humanos, que é proibida em muitos ordenamentos jurídicos, inclusive o nosso⁴⁸.

⁴⁶ O pagamento exigido por estes angariadores não é assim tão baixo, pois são eles que buscam por mulheres que estejam dispostas a gerar uma criança que não é delas, para posteriormente a entregarem, e renunciarem aos seus direitos enquanto mãe, o que não é tarefa fácil, uma vez que são poucas as mulheres que se sujeitam a esta situação. Deste modo, a substituição comercial irá ficar mais dispendiosa, pois estes intermediários/angariadores, sobem consideravelmente o custo do recurso à maternidade de substituição.

⁴⁷ Senão, vejamos o art.39.º, n.º2 da Lei n.º32/2006, de 26 de Julho que regula a procriação medicamente assistida, e que diz o seguinte: “*Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias*”.

⁴⁸ V. RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.41.

Muitos autores manifestam-se no sentido da implementação de um mercado de bebés, devidamente criado, regado, e inspecionado, pois assim os negócios seriam mais honestos e claros, não havendo espaço para a subsistência de um mercado negro em que predomina a fraude⁴⁹.

A discussão em torno desta questão parece resumir-se à qualificação jurídica do contrato em causa.

Para uns, este contrato configura-se como um *contrato de aluguer de úteros*, na medida em que, na substituição gestacional, e apenas nesta, apenas se pede à mulher que gere no seu útero, uma criança que não é dela. Esta teoria não parece plausível, pois não se “aluga” meramente o útero da mulher, ainda mais se exige a observância de determinadas condutas, que não se enquadram nas exigências de um “mero aluguer” e para além disso, também não é aceitável pois esta qualificação não se pode aplicar à substituição genética.

Outra teoria avançada é da qualificação deste contrato como um *contrato de prestação de serviços*, na medida em que a mãe de substituição se obriga à produção de um resultado, que é a de gerar uma criança, mediante o seu “trabalho”, podendo ter de o fazer mediante determinadas orientações da(s) pessoa(s) contratante(s), durante um determinado período de tempo e mediante uma retribuição económica. Esta teoria apesar de ser a mais plausível não é isenta de críticas, dado que as exigências impostas a esta mulher são maiores do que as impostas ao prestador de serviços, para além do que esta situação iria levar à exigência de um serviço de maior qualidade e consequentemente a de maior qualidade do “produto”, o que claramente poderia levar à discriminação de bebés, e consequentemente ao aumento do preço de transação.

⁴⁹ Por exemplo, quando a prática do aborto não era legítima em Portugal, prosperava um mercado negro para recorrer a este serviço, o que muitas vezes acarretava fraudes ou até mesmo, serviços de má qualidade, o que punha em causa a saúde das próprias mulheres. Desde a legalização do aborto (através da Lei n.º16/2007 de 17 de Abril), o recurso a este mercado negro caiu drasticamente, passando a tratar-se as mulheres com dignidade, e facultando-lhe os melhores serviços médicos. Será que ao criarmos um mercado de bebés não se verificará um declínio do mercado negro? Ou até mesmo a diminuição do tráfico de crianças para este efeito?

3. Controvérsia em torno da aceitação da maternidade de substituição⁵⁰

A maternidade de substituição está envolta de controvérsia, pois há autores que se inclinam para a aceitação destes contratos em função da liberdade contratual e da autodeterminação femininas, ou ainda em função dos direitos reprodutivos das partes, enquanto outros se inclinam para a sua rejeição com fundamento na exploração e opressão das mulheres.

3.1 Argumentos contra

3.1.1 Instrumentalização da criança

A *ratio fundanti* da maternidade de substituição, consubstancia-se no desejo intrínseco da(s) pessoa(s) contratante(s) terem filhos. Deste modo, ao recorrer-se a esta figura o que se vai ter em conta é o desejo dessas pessoas e não os interesses da criança, ou seja, a maternidade de substituição surge assim como um meio para alcançar um fim. Contudo, não é apenas nesta situação que existe uma finalidade por de trás da conceção de uma criança, pois até nas situações ditas normais se verifica, como por exemplo, o nascimento de uma criança para salvar um casamento, ou então para salvar um irmão que padece de alguma doença, nomeadamente uma doença oncológica e que só poderá ser salvo se forem utilizadas as células do cordão umbilical desta criança que se pretende que nasça.

Tendo em conta que os interesses da criança não são postos em primeiro lugar, podemos afirmar que a maternidade de substituição ofende desde já, o princípio da dignidade humana (art.1.º da Constituição da República Portuguesa), por se instrumentalizar a criança⁵¹. Neste caso, o interesse da criança também é posto em

⁵⁰ No que concerne aos argumentos utilizados quer a favor, quer contra o recurso à maternidade de substituição, optámos por reproduzir a esquematização dada por RAPOSO, VERA LÚCIA (*ob.cit.*, p.41) por entendermos que é a que dá mais jus a esta problemática.

⁵¹ “A Constituição, ao referir-se á dignidade da pessoa humana, tem especialmente em vista, como não poderia deixar de ser, os direitos das pessoas nascidas na sequência das técnicas de procriação medicamente assistida. Deste modo, pode certamente dizer-se que os direitos e interesses das pessoas nascidas na sequência das técnicas de procriação medicamente assistida se apresentam, neste contexto, como juridicamente primaciais. É primeiramente a sua dignidade que está em causa”. (MIRANDA, JORGE et MEDEIROS, RUI, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo II, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p.87).

primeiro lugar pois assegura-se-lhe um direito fundamental, que é o direito à vida (art.24.º da Constituição da República Portuguesa), apesar de esta criança ainda não ter sido concebida e portanto ainda não goza de nenhum direito, e para além disso não se verifica também a instrumentalização, uma vez que a mãe de substituição entrega a criança sabendo que a criança será bem cuidada, tratada e acima de tudo amada.

Tendo em conta que esta situação sai dos parâmetros considerados como normais, a criança que nasça ao abrigo desta figura pode vir a sofrer de sérios problemas psicológicos, por não conhecer as suas origens, ou até mesmo por as suas origens serem compartilhadas por uma série de pessoas. Este argumento é desajustado da realidade, uma vez que também na adoção a criança poderá sofrer problemas psicológicos ainda mais gravosos, por entender que foi abandonada pelos seus pais biológicos podendo ainda permanecer em instituições durante um longo período de tempo, que a pode traumatizar ainda mais, do que ser criada por pais que a desejam e a vão amar.

Entende-se ainda que esta figura atenta ainda contra os direitos consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança⁵², nomeadamente o direito de conhecer e ser educada pelos seus pais (art.7.º) e o direito de preservação da sua identidade (art.8.º).

3.1.2 Instrumentalização da mãe de substituição

Podemos ainda falar na instrumentalização da mãe de substituição, como argumento negativo ao recurso à maternidade de substituição, na medida em que com esta situação, a sua dignidade humana também é posta em causa⁵³, uma vez que esta vai ceder o seu útero para gerar uma criança para entregar a terceiros, ou seja, é utilizada como uma “coisa” que vai satisfazer o desejo de outrem, podendo padecer de uma pressão psicológica enorme derivada dos laços que pode estabelecer com o feto, e até porque pode deixar de ter controlo sobre a sua própria vida, no que concerne às exigências de conduta que podem ser impostas pela(s) pessoa(s) contratante(s).

⁵² A Convenção sobre os Direitos da Criança foi assinada em Nova Iorque a 26 de Janeiro de 1990, e aprovada e ratificada por Portugal, através da Resolução da Assembleia da República n.º20/90 (D.R. n.º211, Suplemento, Série I, de 12 de Setembro de 2009 – disponível em <http://www.dre.pt/sug/1s/diplomas-lista.asp>).

⁵³ A Constituição quando se refere à dignidade da pessoa humana, não pretende apenas abarcar os direitos das pessoas nascidas na sequência das técnicas de procriação medicamente assistida, mas também pretende salvaguardar os direitos de todas as pessoas envolvidas na utilização das referidas técnicas, inclusive os beneficiários (MIRANDA, JORGE et MEDEIROS, RUI, *ob.cit.*, p.87).

No entanto, se esta é dotada de capacidade jurídica, não sofrendo de qualquer tipo de incapacidade, e o seu consentimento não foi viciado, não se coloca este tipo de questão, pois ela quando se propôs e aceitou realizar este “serviço”, sabia de todas as limitações e/ou consequências que podia sofrer.

3.1.3 Contratualização da maternidade

Tal como já foi dito anteriormente, a maternidade de substituição pode ser formal ou informal, sendo que a formal assentaria num contrato. Deste modo, podemos ter a reger esta situação, um contrato, gerador de obrigações para ambas as partes, nomeadamente para a mãe de substituição, que se obriga a gerar a criança, a pautar a sua vida segundo determinadas condutas e por fim a entregar a criança; mas também para a(s) pessoa(s) contratantes, na medida em que estas se obrigam ao pagamento de uma determinada quantia (no mínimo, e que se entende ser mais aceitável, as despesas médicas inerentes a este estado) e por fim a tomar a criança para eles.

Mas mais uma vez, deparamo-nos com uma grande problemática, em que se questiona se as matérias constantes do direito da família podem ser objeto de contratualização? Relativamente a este tema, a verdade é que muitas matérias inerentes ao direito da família, ainda que constituam matérias indisponíveis, são alvo da vontade das partes, mas sem nunca prescindir da tutela jurisdicional respetiva. Deste modo, também para estes casos, deve valer o mesmo pensamento jurídico.

E como não podia deixar de ser, também se questiona se havendo contratualização, se pode vir a exigir que esta seja executável mesmo contra a vontade de uma das partes. Se a finalidade principal do contrato se verificar, isto é, se a mãe de substituição entregar a criança e se a(s) pessoa(s) contratante(s), receberem a criança para si, então não nos surgem problemas de execução do contrato. O mesmo já não se pode dizer se uma das partes não quiser cumprir com o contrato, isto é, se a mãe de substituição não quiser entregar a criança, e a(s) pessoa(s) contratante(s) ainda a quiserem receber, ou vice-versa, quando a mãe de substituição quer entregar a criança e a(s) pessoa(s) contratante(s) já não querem recebe-la.

Para evitar a ocorrência destas situações, ainda que à partida saibamos que não se pode prever todos os incidentes que possam ocorrer, deve-se incluir nestes contratos cláusulas que indiquem qual o rumo a ser tomado para a resolução destes possíveis conflitos. Claro que esta solução também não está isenta de críticas, por um lado,

porque estamos a deixar ao livre arbítrio das partes matérias problemáticas, e por outro, também não nos parece legítimo que a tutela jurisdicional se possa intrometer em matérias que incidem sobre privacidade e liberdade pessoal.

3.1.4 Efeitos na(s) pessoa(s) contratante(s)

Tal como não poderia deixar de ser, os efeitos do recurso à maternidade de substituição, estendem-se não só à mãe de substituição, mas também à(s) pessoa(s) contratante(s).

Para esta(s) pessoa(s) recorrerem a esta figura, é porque mais nenhuma alternativa se figurou como possível, e estão de tal modo desejosas de ter um filho, que são capazes de se submeter às mais variadas situações, apenas com este propósito. Claro que esta ânsia, desejo e esperança é gerador de uma grande pressão psicológica para esta(s).

Contudo, não nos podemos esquecer que esta pressão psicológica pode não derivar propriamente do recurso à maternidade de substituição, mas sim ao facto de não se conseguir alcançar o propósito que levou as pessoas a recorrer a esta figura, nomeadamente, o facto de estas não conseguirem gerar um filho delas, ou até mesmo o facto de que com esta criança não se vir a conseguir salvar o casamento ou união de facto entre o casal contratante. Mas o recurso a esta figura também é configurador de uma pressão, pois as relações que se estabelecem entre esta(s) pessoa(s) e a mãe de substituição pode ser gerador de um grande desgaste emocional, assim como nas relações entre o casal contratante, na medida em que apenas um deles dá o seu contributo genético para a conceção da criança.

3.1.5 Efeitos na instituição familiar

A Instituição Familiar configura uma das mais antigas e mais protegidas instituições do nosso ordenamento jurídico, mas que tem sido alvo de grandes mudanças de paradigmas, como a possibilidade de união de facto entre pessoas de sexos diferentes e do mesmo sexo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, entre outras.

Também a maternidade de substituição obriga a uma mudança dos padrões concebidos pela sociedade, uma vez que esta vem afrontar o conceito tradicional de

família, e mais particularmente, o conceito tradicional de maternidade no qual estava inserido o papel social da mulher como mãe.

Posto isto, não podemos admitir que não se aceite a maternidade de substituição com este fundamento, pois os padrões da sociedade sofreram uma mutação ao longo dos tempos, e se se admite a mudança de mentalidades para umas coisas, também se terá de admitir para esta.

3.1.6 Exploração da pobreza

Uma das consequências mais faladas do recurso à maternidade de substituição deve-se ao pensamento de que passamos a tratar as pessoas como coisas, mais que não seja a criança por ser objeto de um negócio, assim como a mãe de substituição, que pode ser alvo de exploração por provir de um estrato social onde abunda a pobreza. É neste âmbito que consideramos que a maternidade de substituição pode levar à exploração da pobreza e conseqüentemente, transformar estas mulheres em autênticas “produtoras de bebés”, como já fizemos alusão no ponto 2.3 do presente trabalho.

Este argumento prepondera mais quando estamos perante uma substituição onerosa, pois o desejo das pessoas que provêm de estratos mais baixos é o de conseguirem uma vida melhor, que em último caso pode ser obtido pelo recurso excessivo a esta figura, para além do que se assiste, ainda mais, à despersonalização da criança, pois esta passa a ser objeto de uma troca por dinheiro. Mas ao negarmos o acesso das mulheres, provenientes de uma classe mais pobre, à figura da maternidade de substituição, estaríamos a discriminá-las em função dos recursos económicos, o que não nos parece legítimo.

Segundo ALAN WERTHEIMER⁵⁴, não há dúvida que existe exploração, mas não se consegue comprovar que essa exploração seja apenas relativamente a uma das partes, nomeadamente que a danosidade ou as vantagens se verifiquem apenas para uma das partes.

⁵⁴ *Apud* ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, p.53.

3.1.7 Questões Morais

Não podíamos avançar sem fazer referência às questões morais que são suscitadas pelo recurso à maternidade de substituição. Por moral entende-se o conjunto dos costumes e opiniões de um indivíduo ou de um grupo social respeitantes ao comportamento⁵⁵.

Deste modo, são vários os princípios basilares da nossa ordem moral que são feridos, mais que não seja pela alusão à instrumentalização que pode resultar da criança e da mãe de substituição, assim como à comercialização de seres humanos.

No entanto, esta questão não devia suscitar tanta polémica, uma vez que o “trabalho” da mãe de substituição é o mesmo a que está sujeito um trabalhador subordinado, na medida em que este também aluga a sua força corporal (ou mental), em favor de um terceiro.

Se com estes argumentos rejeitássemos o acesso à maternidade de substituição não estaríamos a ser congruentes, uma vez que também se verifica uma comercialização da capacidade reprodutiva, nos casos de doação de óvulos ou esperma, e não é por isso que se rejeita a doação destes.

Sob pena de nos tornarmos numa sociedade extremamente conservadora, e fechada a inovações apenas porque há desvios ao que é considerado normal, não podemos subverter o pensamento racional e conseqüentemente o ordenamento jurídico a concepções de ordem moral. Se tentarmos converter a ordem moral numa ordem superior, corríamos sérios riscos de pôr em causa vários princípios fundamentais, tais como o da dignidade humana, o da proibição da discriminação, o da igualdade, entre outros.

3.1.8 Comercialização da vida humana

Por aplicação do princípio da dignidade humana (art.1.º da Constituição da República Portuguesa), não podemos considerar as vidas humanas coisas, e deste modo, à semelhança do que acontece com os seres humanos que não podem ser alvo de avaliação, compra ou venda, também os embriões não podem ser objeto de negócios com vista a sua comercialização, ou até mesmo para a sua contratualização.

⁵⁵ In Infopedia – Enciclopédia e Dicionários Porto Editora, disponível em <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/moral>.

Os contratos de maternidade de substituição além de serem atacados pelos argumentos anteriormente expostos, também o são pela existência de leis que proíbem a venda de crianças (*babyselling*)⁵⁶.

a) *Pagamento da gestação da criança?*

O pagamento efetuado à mãe de substituição pela geração da criança, em muito se assemelha ao pagamento de um trabalhador subordinado, pela utilização da força corporal ou mental⁵⁷. No entanto, o que vai diferir em relação a estes é a parte do corpo, ou a faculdade utilizada, assim como ao tipo de necessidade que se visa satisfazer⁵⁸.

Na verdade, o serviço prestado pela mãe de substituição configura um serviço pessoal, e deste modo, se limitássemos o seu acesso à maternidade de substituição estaríamos a discriminar ou a restringir a liberdade de contratar desta.

No fundo, o que está aqui em causa não é o pagamento da criança como produto, mas sim o serviço efetuado (a gestação da criança). Surge então a dúvida se o que se pretende neste negócio é o serviço prestado ou a produção do resultado final? A resposta a esta questão, não deixa margem para dúvidas, no sentido que o que se pretende é o resultado final, mais que não seja, pelos argumentos que se apenas interessasse o serviço prestado, a quantia era logo paga aquando do nascimento, e mesmo que a criança não fosse entregue, haveria lugar a pagamento, na mesma.

No entanto, também estes argumentos “caem por terra”, pois se um dos contratantes der o seu contributo genético, a criança também será sua, pelo que este não irá pagar para a ter, mas irá pagar sim, pela gestação da mesma. Ainda neste âmbito, convém referir que numa mera prestação de serviços o que interessa aos particulares é o resultado final, e se este não se verificar, estes podem mesmo recusar o pagamento do serviço efetuado⁵⁹.

⁵⁶ V. RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.56.

⁵⁷ ALAN WERTHEIMER, *apud*, ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, p.53.

⁵⁸ V. RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.56.

⁵⁹ Neste sentido, vejamos o exemplo de um canalizador que vai prestar um serviço de conserto nuns canos de uma cozinha por estes se encontrarem a vaziar água. O particular que contrate este serviço só irá pagar no final do mesmo, e se este ficar bem feito, pois na prestação de um serviço, não interessa apenas a realização do mesmo, o que vale mais é o resultado desse serviço ser o pretendido, que no caso em concreto, será os canos deixarem de vaziar água.

b) Carácter do serviço prestado

Mas como é óbvio, não podemos tratar esta situação, como se de uma usual prestação de serviços se tratasse, uma vez que estamos a falar da criação de um ser humano, que pode ter o contributo genético da mãe de substituição, e que gerará nesta uma ligação afetiva que se traduzirá pelo amor da mesma àquele.

A maternidade de substituição parece-nos revestir um carácter pessoal e íntimo, mais que não seja pela afronta a vários direitos e princípios basilares pertencentes à criança que vai ser gerada. O mesmo é dizer que será condenável o pagamento deste serviço, pois estaríamos a atribuir um preço a um “serviço” tão sensível como é o da maternidade de substituição.

c) Pagamento da renúncia dos direitos parentais

Uma vertente que nos faltou analisar é se podemos considerar a quantia entregue como um pagamento pela renúncia dos direitos parentais.

Esta questão não nos suscita particular relevância, à luz do nosso ordenamento jurídico, uma vez que os direitos parentais e conseqüentemente a sua renúncia não podem ser objeto de um contrato, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos da América, em que tal é possível, nomeadamente nas adoções privadas.

3.1.9 Indeterminação de maternidades e paternidades

No nosso ordenamento jurídico, a filiação é feita mediante critérios biológicos, tal como podemos comprovar pelo art.1796.º, n.º1 do Código Civil, em que a maternidade se afere pela mulher que deu à luz a criança⁶⁰.

Porém, ainda nos casos em que a filiação não seja aferida por critérios biológicos, como é o caso da adoção, só se poderá estabelecer por sentença judicial que decrete a mesma, e não por um contrato⁶¹.

⁶⁰ Em muitas situações, a paternidade da criança também é aferida em relação ao parto e à relação que existe com a mulher que deu à luz, pois pelos arts.1796.º, n.º2 e 1826.º, n.º1 do Código Civil, vigora uma presunção de paternidade, em que será havido como pai, o marido da mãe.

⁶¹ Mais uma vez, se salienta que o contrato é suscetível de criar laços parentais, nos Estados Unidos da América, onde é possível a realização de adoções privadas.

A configuração da filiação segundo critérios biológicos pode também estar envolta de polémica, pois no caso de maternidade de substituição, a mãe de substituição perde qualidades intrínsecas de uma “mãe normal”, e ao considerámo-la como Mãe, estaríamos a cometer uma injustiça⁶².

Não obstante, Rafael Vale e Reis⁶³ acentua a evasão aos critérios biológicos, e até o próprio legislador já consagra exceções à biologia restrita, em detrimento do superior interesse da criança, nas suas várias áreas funcionais. Nestas situações, o legislador dá cobertura jurídica a um acordo prévio entre as partes, que reveste a natureza de um acordo tácito, o que leva a que interprete que o legislador não é de todo avesso à vontade privada em matéria de filiação.

A tendência evolucionar nesta matéria vai no sentido da admissão da contratualização de matérias familiares tão delicadas, como é o caso da maternidade de substituição, e conseqüentemente da aceitação da autonomia privada.

3.2 Argumentos a favor

3.2.1 Respeito pela autonomia pessoal/ contratual

Todas as pessoas são dotadas de autonomia, mas é no âmbito da autonomia pessoal que faz mais eco o recurso à maternidade de substituição. Segundo este direito, as pessoas têm legitimidade de celebrar contratos, desde que estes sejam lícitos e eficazes.

Se existe este direito, então todas as mulheres seriam livres ao celebrar contratos de gestação sub-rogada pois estes reuniriam os requisitos para se considerarem válidos e eficazes. Apesar de este argumento nos parecer bastante razoável, muitos o têm usado para equacionar se estes contratos não são mais do que acordos de venda de bebés (*babyselling*) e que portanto são inválidos, por não se permitir a comercialização de crianças.

Apoia-se o argumento da autonomia contratual para estes casos, pelo direito à livre escolha da mulher e aos direitos sobre o próprio corpo, em que também eles foram

⁶² E conseqüentemente uma injustiça também em relação ao marido da mãe de substituição, que segundo a presunção de paternidade em vigor será havido como pai da criança, mesmo nos casos em que não o é.

⁶³ In “*Caducidade das Acções de Investigação de Maternidade e Paternidade, Problemas Constitucionais*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, p.8.

propulsores da não ingerência do Estado em matérias que contendiam com direitos reprodutivos, nomeadamente com a escolha dada às mulheres relativamente à interrupção voluntária da gravidez.

No entanto, contra esta surge o art.1982.º, n.º3 do Código Civil que estabelece que a mãe só pode dar consentimento para a adoção, decorridas seis semanas após o parto - que se torna de todo incompatível com o “consentimento” dado pela mãe de substituição, que logo à partida, isto é, antes da conceção, se compromete a gerar e posteriormente entregar a criança, abdicando da sua qualificação jurídica como mãe.

Mas para se assegurar que a autonomia privada foi respeitada é necessário averiguar se o consentimento⁶⁴ dado foi livre e esclarecido, de tal modo que MARY LYNDON SHANLEY⁶⁵ sugere que se imponham algumas cautelas, nomeadamente que a mãe de substituição não seja uma pessoa com um nível económico baixo e que já tenha passado pelo fenómeno da gravidez, acrescentando ainda que ambas as partes envolvidas devem ser alvo de aconselhamento.

Se nos regermos pela autonomia privada, também devemos estar cientes que as duas declarações de vontade ficarão vinculadas, pelo que posteriormente e a qualquer momento, não se pode consentir que qualquer uma das partes se desvincule, quer pela não entrega da criança, quer pela rejeição da mesma.

Uma das críticas a tecer a este direito de autonomia privada, é que nestes contratos de gestação sub-rogada, há um maior envolvimento das partes envolvidas, ao contrário do que acontece com os contratos em geral, pondo-se em causa deste modo, se nestes casos pode valer um pleno direito de autonomia privada.

Aliás, segundo PEDRO CRUZ VILLALÓN, “*a autonomia privada não possui o status de direito fundamental, mas sim de um bem constitucionalmente protegido*”, colmatado por ANTÓNIO PERES GEDIEL, que vem afirmar que em caso de conflito entre ambos os direitos, deve-se observar o princípio da proporcionalidade⁶⁶.

O nosso entendimento vai no sentido de valer a autonomia privada, ainda que com determinadas limitações, para de certa forma anular todas as acusações que argumentam que estamos perante uma matéria sensível que não deve ser deixada na

⁶⁴ LUÍSA NETO problematiza o recurso à maternidade de substituição, questionando se esta não se traduz numa violação da integridade física que vai extrapolar as possibilidades de consentimento e autolimitação lícitas ao indivíduo (Apud ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, p.72).

⁶⁵ Apud RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.65.

⁶⁶ Apud ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, pp.76 e 77.

plena disponibilidade das partes, mais que não seja pelo respeito pelo princípio da dignidade humana.

3.2.2 Direitos sobre o próprio corpo

A liberdade enquanto direito configura um dos direitos mais proclamados ao longo dos séculos, sendo certo que esta dimensão da liberdade abarca a liberdade que cada um tem de dispor sobre o seu próprio corpo. Seguindo esta linha de raciocínio, não nos podemos esquecer da luta constante que as mulheres têm vindo a travar para assegurar os direitos sobre o seu próprio corpo – neste âmbito lembremo-nos do direito à contraceção, e do direito à interrupção voluntária da gravidez.

Deste modo, caímos no âmbito da autonomia pessoal, em que cada um pode viver e decidir livremente sobre o seu corpo desde que não lese terceiros, o que leva a que uma mulher pode decidir ter um filho, que não seja ela a gerar, ou ainda, uma mulher pode decidir gerar uma criança para posteriormente entregar a outrem⁶⁷.

Assim sendo, os direitos reprodutivos ficam assegurados, uma vez que sobre o próprio corpo, apenas a pessoa pode decidir, não podendo o Estado ingerir-se na tomada de tal decisão.

3.2.3 Igualdade entre os cidadãos

Este argumento remete-nos para o princípio da igualdade⁶⁸, que foi uma das principais conquistas do constitucionalismo moderno, e que vem consagrado no art.1.º da Declaração dos Direitos do Homem, e mais especificamente no art.13.º da Constituição da República Portuguesa.

Aplicando este corolário à questão *subjudice*, verificamos que pela proibição da maternidade de substituição, o Estado veda claramente um direito reprodutivo a umas pessoas, ao contrário do que acontece com outras em que lhes permite direitos

⁶⁷ Para maior desenvolvimento, v. FIELD, MARTHA A., “*Surrogate Motherhood (The Legal and Human Issues)*”, England, 1990, pp.61 e 62.

⁶⁸ O princípio da igualdade descortina-se em cinco realizações fundamentais, nomeadamente a igualdade perante a lei (art.13.º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa), a igualdade na criação da lei, proibição da discriminação (art.13.º, n.º2 da Constituição da República Portuguesa), a igualdade de oportunidades e a igualdade perante os deveres e os encargos públicos.

produtivos, o que viola claramente o princípio da igualdade, nomeadamente na sua vertente de igualdade perante a lei, em que se deve aplicar a lei “sem olhar a quem”⁶⁹.

Ainda relativamente a esta situação, o Estado também opera mediante uma decisão arbitrária, ao conceder a casais em que o homem é infértil o direito de reprodução, mediante inseminação da mulher, ao passo que se a mulher for infértil, o Estado recusa a possibilidade de este casal ter filhos, pois proíbe a gestação sub-rogada⁷⁰.

Contra esta argumentação, alega-se que o Estado não tem obrigação de tratar como igual, duas situações que são diferentes⁷¹, e que para além disso ele não discrimina, pois uma coisa é ter um direito reprodutivo natural, e outra é o recurso à maternidade de substituição, como um substituto da anterior.

O Estado não interfere na concretização dos direitos reprodutivos ditos “normais” das pessoas, mas recusa-se a fazê-lo nas situações que fogem a esta dita normalidade e em que é necessária a sua intervenção, uma vez que ele entende que o desejo de recurso à maternidade de substituição deve cair em função do melhor interesse da criança, ou seja, ele supõe que uma criança deve nascer e ser criada numa família tradicional. Mas a verdade é que o Estado não deve valorar e transpor para esta situação considerações de teor moral, familiar ou social, devendo preocupar-se única e exclusivamente, com o bem-estar da criança, e não com os conceitos tradicionais de que a nossa sociedade se encontra envolta. Aliás, seguindo este pensamento, e à semelhança do que acontece com a figura da adoção, por vezes os pais biológicos não são detentores das condições necessárias à criação da mesma, o que nos leva a questionar se esta situação não é em tudo semelhante àquela, e para além disso leva-nos a questionar se uma criança não será mais desejada, amada, e criada junto de uma “família” que não se enquadre no conceito tradicional de família do que numa família tradicional mas problemática, ou até mesmo numa instituição. No entanto, a nossa sociedade ainda se

⁶⁹ Senão vejamos a remissão que é feita do art.36.º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa, para o princípio da igualdade, ao estabelecer que “*Todos têm o direito de constituir família (...) em condições de plena igualdade*”.

⁷⁰ Isto viola claramente o princípio da legalidade, nas suas vertentes, de igualdade na criação de lei, proibição da discriminação e igualdade de oportunidades. Convém ainda referir mais duas situações em que há discriminação, designadamente, as pessoas que podem aceder a esta, pois a tendência vai no sentido de admitir esta figura a casais e a heterossexuais, vedando-se a mesma possibilidade a pessoas solteiras ou homossexuais.

⁷¹ O Estado apenas está obrigado, sob pena de violação do princípio da igualdade na sua vertente de igualdade na criação de lei, a permitir uma igualdade material. Isto é, o Estado apenas deve tratar de igual forma o que for igual, e de forma desigual, o que for desigual.

encontra deveras enraizada em concepções morais, e ao conceito tradicional de família, que lhe “cegam” a verdadeira realidade, que é a de que o melhor interesse da criança, muitas das vezes, passa pela sua criação junto destas famílias “anormais”.

3.2.4 Direito a constituir família

O direito a constituir família, que abrange o direito a ter filhos, é um direito constitucionalmente protegido pelo art.36.º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa⁷², que estabelece que todos os cidadãos têm direito a constituir família⁷³.

Deste preceito retira-se que é concedido aos cidadãos um direito reprodutivo, porém, a lei não especifica em que termos, levando-nos a problematizar se apenas estarão abrangidos por este preceitos reproduções naturais, ou as demais reproduções assistidas, nomeadamente a maternidade de substituição.

Com o evoluir da ciência e da técnica, e até com a própria evolução social que se tem verificado ao longo dos tempos, somos levados a interpretar e conseqüentemente a concluir que a reprodução assistida também prefigura entre o âmbito de aplicação da norma constitucional. Se o legislador quiser limitar o âmbito de aplicação da norma a determinadas situações, então ele deve enuncia-las e argumentar no sentido que estas atentam contra outros direitos e princípios fundamentais que se devem considerar prevaletentes.

Outra questão problematizada⁷⁴ é se na maternidade de substituição, o “*mero desejo de descendência*” configura um verdadeiro direito a ter filhos, um verdadeiro direito reprodutivo?

Alguns argumentos têm sido chamados para criticar o recurso à maternidade de substituição, nomeadamente que esta ambição de ter filhos é desmedida, inconsequente e egoísta, pois apenas se pretende reconhecer juridicamente uma criança com a qual não se tem qualquer conexão biológica, ou ainda que tendo, ainda que apenas em parte, não

⁷² V. ainda o art.12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e o art.16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (in Diário da República, I Série, n.º57, 9 de Março de 1978,

⁷³ “*O direito a constituir família significa, neste contexto, que todas as pessoas, independentemente de contraírem ou não casamento, têm um direito fundamental a procriar. A conclusão é coerente, não apenas com a expressa protecção constitucional da paternidade e da maternidade (artigo 68.º), mas também (...) com a preocupação da Lei Fundamental com a procriação medicamente assistida [artigo 67.º, n.º2 alínea e) (...)].* - MIRANDA, JORGE et MEDEIROS, RUI, *ob.cit.*, p.813.

⁷⁴ Nomeadamente por RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.15.

se tem atenção ao papel da mulher no casal, que é tratada, tal como a própria terminologia da figura indica, como uma substituída.

No nosso entendimento, não podemos aceitar os argumentos supramencionados, uma vez que as pessoas que pretendem ter filhos o fazem pois têm um desejo intrínseco de descendência, ainda que não seja biológica, e que apesar de tudo é tutelada pelo direito. Deste modo, não se pode recusar o recurso à maternidade de substituição, com fundamento em vínculos biológicos ou até mesmo nos fins, ainda que desmedidos ou egoístas, porque senão o Estado teria que vedar o acesso à adoção ou até mesmo impossibilitar que casais tivessem filhos com o mero intuito de salvar um casamento. Apenas poderíamos aceitar, ainda que com muitas reservas, uma recusa da inclusão da maternidade de substituição no âmbito de aplicação da norma, com o fundamento de que se sobrepõe a toda esta questão a dignidade e o melhor interesse da criança, apesar de ao mesmo tempo que ao recorrer a esta figura lhe é assegurado um direito fundamental que é o direito à vida.

3.2.5 Direito à intimidade e à reserva da vida privada

O direito à privacidade vem regulado entre nós, nos arts. 26.º, n.º1 e 34.º da Constituição da República Portuguesa, assim como no art.80.º do Código Civil.

O direito à privacidade representa assim um direito constitucional, o que leva a que se “abra portas” para afirmar que a intimidade da vida privada é um princípio fundamental, e que como tal, deve ser válido o recurso à maternidade de substituição.

Para o seio deste argumento foi trazida uma longa discussão, que se trata essencialmente de saber se um direito reprodutivo pode ser considerado como um direito à intimidade da vida privada ou se antes consubstancia uma liberdade da vida privada, e portanto protegida pelo direito de autonomia pessoal.

Sinceramente, o âmbito de aplicação do conceito de intimidade e reserva privada está envolta de uma tremenda desarmonização, pois cada autor, entende de forma diferente quais os direitos que este abarca⁷⁵. Aliás, o próprio Tribunal Constitucional, nomeadamente através do seu Acórdão n.º128/92, de 24 de Julho, veio incitar ainda

⁷⁵ Falando sobre a questão da reserva sobre a intimidade da vida privada, *vide* PINTO, PAULO MOTA, “*O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*”, Boletim da Faculdade de Direito, vol.LXIX, Universidade de Coimbra, 1993. Este autor também se pronuncia sobre a proteção constitucional dada à vida privada *in* “*A Protecção da Vida Privada e a Constituição*”, Boletim da Faculdade de Direito, vol.LXXVI, Universidade de Coimbra, 2000.

mais esta desarmonização, ao afirmar que o direito à intimidade e à reserva da vida privada, corresponde à *privacy* do direito anglo-saxónico. A verdade é que na jurisprudência norte-americana o conceito de *privacy*, sofreu algumas alterações, que a afastaram do seu conceito tradicional, levando a que se passasse a considerar como uma liberdade da vida privada, nomeadamente na decisão e auto-definição do indivíduo, o que corresponde a um direito de autonomia pessoal, também ele vertido no texto constitucional, nomeadamente no art.26.º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa, e não a um direito à intimidade da vida privada.

Ao fazermos esta equiparação, tal como no direito anglo-saxónico, estaríamos a conferir ao direito à privacidade, uma tutela geral da personalidade, o que não é de todo legítima.

Em suma, o direito anglo-saxónico utiliza a privacidade como fundamento para as suas decisões sobre direitos reprodutivos, ao passo que entre nós, a tendência verifica-se no sentido de inserir esta dimensão dos direitos reprodutivos, não no direito à privacidade, mas sim num direito ao livre desenvolvimento pessoal.

3.2.6 Direito ao livre desenvolvimento pessoal

A Constituição da República Portuguesa, no seu art.26.º estabelece o direito ao livre desenvolvimento pessoal, que abarca a proteção geral da personalidade⁷⁶, mas também a “*garantia geral da liberdade de ação e da livre decisão da pessoa*”^{77,78}.⁷⁹

A questão que se coloca é se o recurso à maternidade de substituição pode ser entendido como um direito ao livre desenvolvimento pessoal. O ordenamento jurídico norte-americano considerou sempre as matérias alusivas ao direito reprodutivo, como um direito à privacidade, ao contrário do que aconteceu entre nós, nomeadamente através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º288/98, de 18 de Abril de 1998, que

⁷⁶ Nas palavras de LAURA DUTRA DE ABREU, “*Na verdade, a afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na decorrência do imperativo de respeito pela dignidade humana, não representa, aliás, apenas a consagração de um direito subjetivo, mas também, objetivamente, a afirmação de um princípio interpretativo da relação entre o cidadão e o Estado e de uma decisão valorativa fundamental.*” – *Ob.cit.*, p.85.

⁷⁷ O direito ao livre desenvolvimento pessoal encara o ser humano como um sujeito autónomo, que se “*educa*” a si próprio, através da livre decisão na adoção de condutas que conformam com o seu desígnio de vida.

⁷⁸ V. RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.85.

⁷⁹ No mesmo sentido, que o direito ao livre desenvolvimento pessoal abarca o direito geral de personalidade e a liberdade geral de acção, temos a jurisprudência e doutrina alemã (v. MIRANDA, JORGE et MEDEIROS, RUI, *ob.cit.*, p.612 e ss.).

ao pronunciar-se sobre a admissão da interrupção voluntária da gravidez, considerou que esta configurava um direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁸⁰ e não um direito à vida privada.

Mas apesar de a utilização deste direito nesta matéria nos parecer razoável, temos de ter cuidado com a interpretação do mesmo preceito, uma vez que ao extremo podemos considerar como ao abrigo deste direito, todas as situações que os particulares desejem e que não encontrem nos direitos constitucionalmente elencados pelo legislador.

3.2.7 Efetivação das condições que permitam a realização pessoal dos membros da família

Segundo o art.67.º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa, “*a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros*”.

Resulta deste preceito que a constituição de família contribui para a realização pessoal dos seus membros, e que o Estado tem um papel fundamental na mesma, na medida em que deve proteger e pôr ao dispor dos membros da família todas as condições necessárias para a constituição da mesma.

O direito à saúde, previsto no art.64.º da Constituição da República Portuguesa, estabelece que todos têm direito á protecção da saúde. Deste texto constitucional não resulta que a saúde reprodutiva também está abrangida por este preceito, mas deve-se entender que o direito à saúde reprodutivo também cai no âmbito de aplicação deste preceito.

Para além do que ficou dito, a verdade é que o recurso ao aborto passou a ser tutelado pelo Estado e o seu serviço passou a estar ao dispor do cidadão em estabelecimentos públicos. Então como podemos negar o acesso aos cidadãos a outros direitos reprodutivos? O nosso entendimento vai no sentido de não se poder negar o acesso a este direito reprodutivo e esse mesmo serviço deve ser disponibilizado pelo Estado, ainda que a título semi-gratuito ou oneroso.

⁸⁰ V. PINTO, PAULO MOTA, “*O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*”, Studia Iuridica, Coimbra, 2000.

3.2.8 Dádiva de vida

Uma pessoa que se submeta a gerar um filho para outrem, não o faz apenas pelo dinheiro, podendo também o fazer por motivos ideológicos, como foi o caso de Caroline Horlock já referida anteriormente, que dedicou a sua vida a gerar filhos para outrem, e que quando questionada sobre a sua motivação ela afirmou que *“ter filhos é completamente normal, qualquer um pode tê-los. Mas ajudar alguém a ser tornar esse sonho realidade é absolutamente único”*.

Desta forma, a tarefa destas mulheres é árdua, mas no final compensa pela dádiva de vida, pois geram um ser humano, e concedem à(s) pessoa(s) contratante(s) um sonho que de outra forma não poderia tornar-se real.

Posto isto, e como entendemos que o direito à vida é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o recurso à maternidade de substituição terá de ser legalmente admitido, pois ela não é mais do que uma ação com vista a conceder vida. Não nos podemos esquecer que se inseria como argumento contra a maternidade de substituição, os valores morais. Ora, deste modo, os valores morais deviam ficar satisfeitos por esta figura conceder uma dádiva de vida, ao contrário de outras figuras, tal como o aborto, que põe fim a uma vida, e não é por esse motivo que não é legalmente aceite.

4. A maternidade de substituição em Portugal

4.1 Antecedentes

A maternidade de substituição apesar de não ser um fenómeno novo, a sua regulamentação tardou a chegar⁸¹.

Em bom rigor, as primeiras tentativas de regulamentação das técnicas de reprodução humana surgiram com o Decreto-Lei n.º319/86 de 25 de Setembro⁸² e com a

⁸¹ Ao abrigo do art.67.º, n.º2 alínea e) da Constituição da República Portuguesa, “2. *Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: (...) e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;*”. Redação introduzida pela Lei n.º1/97 de 20 de Setembro, que procedeu à quarta revisão constitucional.

⁸² Diário da República, I Série, n.º221, de 25 de Setembro de 1986. Este diploma, logo no início faz referência à especial dificuldade que se faz sentir nestas matérias, e que portanto tem de ser alvo de estudo, antes de se legislar sobre as mesmas – “*A natureza e a novidade das questões, como a diversidade cultural dos países, têm recomendado*

Lei n.º12/93 de 22 de Abril⁸³, que referiam que esta matéria iria ser alvo de legislação especial, legislação essa que nunca apareceu.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, publicou diversos relatórios e pareceres sobre a reprodução humana, dos quais se destacam os relatórios e pareceres n.ºs 3/CNEV/93⁸⁴ e 23/CNECV/97⁸⁵ sobre reprodução medicamente assistida⁸⁶,

Pelo avançar do tempo e pela contínua necessidade de regulamentar as questões ligadas à reprodução humana medicamente assistida, o Governo Socialista, em 1997, resolveu apresentar uma Proposta de Lei, a n.º135/VII⁸⁷⁸⁸, que determinava a proibição da maternidade de substituição, pondo assim termo à lacuna existente. Esta Proposta de Lei obteve a aprovação necessária para transitar a Decreto, nomeadamente o n.º415/VII⁸⁹, mas foi vetada⁹⁰⁹¹ pelo Presidente da República.

prudência e estudo antes de se imporem as directivas legais necessárias, e nesse sentido foi criada, no âmbito do Ministério da Justiça, a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, cujos trabalhos já se iniciaram”.

⁸³ Diário da República, I Série-A, n.º94, de 22 de Abril de 1993. Este diploma regula a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana.

⁸⁴ Em conclusão geral, este parecer dispõe que “3. a) *O princípio da não instrumentalização da pessoa humana aplicado à utilização das técnicas de RMA leva-nos, assim, a concluir que essas técnicas: (...) (iv) Devem excluir o recurso a mães de substituição, quer estas contribuam ou não com os seus ovócitos;*” – in Documentação, CNECV, Vol.I, (1991-1993), pp.75 a 103.

⁸⁵ Parecer sobre o Projeto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida – in <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?p=4>.

⁸⁶ Outros relatórios e pareceres foram emitidos pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, designadamente: o n.º15/CNEV/95 (sobre a experimentação do embrião), o n.º21/CNECV/97 (sobre clonagem), o n.º22/CNECV/97 (sobre dispositivos médicos para diagnóstico *in vitro*), o n.º25/CNECV/98 (sobre utilização terapêutica de produtos biológicos) e o n.º31/CNECV/2000 (sobre genoma humano), entre outros.

⁸⁷ Publicada em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º69/VII/2, em 1 de Agosto de 1997, pp.1324 a 1329.

⁸⁸ Esta proposta consagra no art.6.º a definição e proibição da maternidade de substituição, considerando o negócio jurídico como nulo, sendo a mãe que der à luz havida como a mãe da criança. No seu art.30.º esta estabelece como crime, punível com pena de prisão até três anos, a promoção da maternidade de substituição.

⁸⁹ Publicado em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º80/VII/4, em 16 de Julho de 1999, pp.2296 a 2300.

⁹⁰ Com fundamento “*na falta de consenso e de reflexão relativamente às soluções plasmadas em matéria de fecundação in vitro, de utilização de técnicas de DGPI, de investigação em embriões e de protecção do direito à privacidade.*” – v. SILVA, PAULA MARTINHO et COSTA, MARTA, *ob.cit.*, p.12.

⁹¹ Publicado em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º82/VII/4, em 3 de Agosto de 1999, p.2316.

Mais tarde, surgiram dois Projetos de Lei, nomeadamente a n.º90/IX⁹² (emanado pelo Partido Socialista, onde continuava a figurar a proibição da maternidade de substituição⁹³) e a n.º371/IX⁹⁴ (emanado pelo Bloco de Esquerda, em que de forma inovadora, permitia a maternidade de substituição, desde que respeitando alguns requisitos⁹⁵)⁹⁶.

Por fim, ainda temos de fazer referência aos Projetos de Lei n.ºs 151-X (Partido Socialista), 141-X (Bloco de Esquerda), 172-X (Partido Comunista Português) e 176-X (Partido Social Democrata)⁹⁷, cuja análise e discussão levou a que fosse publicada a Lei n.º32/2006, de 26 de Julho⁹⁸, que acaba com a lacuna⁹⁹ existente ao regular a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, da qual faz parte integrante, a maternidade de substituição.

⁹² Publicado em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º18/IX/1, em 4 de Julho de 2002.

⁹³ A redação dada ao art.6.º da Proposta, assim como a do art.30.º, mantêm-se inalteradas neste Projeto de Lei.

⁹⁴ Publicado em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º12/IX/2, em 5 de Novembro de 2003, pp.462 a 467.

⁹⁵ Esta Proposta de Lei permitia a maternidade de substituição, no seu art.14.º, desde que verificados os seguintes requisitos: “

- i) *Autorização prévia por parte do Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida (organismo a constituir); (legitimada ao abrigo do art.16.º do mesmo diploma)*
- ii) *A mulher contratante seja uma mulher nascida sem útero, com uma tal malformação uterina que a torne incapaz de levar a bom termo uma gravidez, tenha sido sujeita a uma histerectomia por razões médicas ou, por fim, padeça de uma doença que não lhe permita engravidar sem colocar em risco grave a sua vida;*
- iii) *Não seja efetuado qualquer pagamento à mãe de substituição, sob pena de o infrator incorrer em pena de prisão até três anos, como estabelecido no art.19.º, n.º3.”*

(In RAPOSO, VERA LÚCIA, *ob.cit.*, p.112).

⁹⁶ Após a apresentação destes dois Projetos na Assembleia da República, foi suscitado Parecer ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, que o fez mediante o relatório e parecer n.º44/CNECV/04, in <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?p=1>.

⁹⁷ Ambos publicados em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.ºs 47/X/1 em 7 de Setembro de 2005, 34/X/1 em 20 de Julho de 2005, 55/X/1 em 13 de Outubro de 2005, 59/X/1 em 22 de Outubro de 2005, respetivamente.

⁹⁸ Diário da República, I Série, n.º143, de 26 de Julho de 2006.

⁹⁹ Em bom rigor, e para GUILHERME DE OLIVEIRA, não havia propriamente um “*vácuo no direito português*”, pois sempre poderíamos “*recorrer aos instrumentos jurídicos tradicionalmente disponíveis como a aplicação de cláusulas gerais, de princípios de direito geralmente aceites, e à técnica da analogia*”. Sobre os preceitos que poderiam ser chamados a intervir, iremos fazer referência já de seguida, no ponto 4.2. – OLIVEIRA, GUILHERME, *apud* SILVA, PAULA MARTINHO *et* COSTA, MARTA, *ob.cit.*, p.13, nota de rodapé 19.

4.2 Regulamentação antes da entrada em vigor da Lei n.º32/2006

Antes da entrada em vigor da Lei n.º32/2006, de 26 de Julho, vários foram os autores que tentaram descortinar nos vários preceitos em vigor do nosso ordenamento jurídico se seria admissível o recurso à maternidade de substituição. Após esta alusão, só nos resta analisar os preceitos que poderiam ser invocados e aplicados para resolver esta questão¹⁰⁰.

Um dos artigos que era invocado para resolver esta querela é o art.280.º do *Código Civil* que estabelece no seu n.º2 que “*É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.*”. Como a maternidade de substituição, especialmente a onerosa, é contrária à ordem pública, rejeitaríamos o acesso à mesma, por aplicação deste artigo, a não ser que “esticássemos” o preceito, de modo a retirar dele a interpretação de que a maternidade de substituição não ofende a ordem pública por ser gratuita, e portanto não movida por razões económicas ou comerciais.

Mesmo nos casos de substituição onerosa, ainda se tenta encontrar uma “brecha de luz” para tornar estes negócios válidos, nomeadamente através do recurso ao art.292.º do Código Civil, que consagra a teoria da redução do negócio jurídico¹⁰¹. Aplicando esta teoria à maternidade de substituição, não nos parece viável, pois para reduzir teríamos de reduzir a parte do pagamento (parte viciada)¹⁰², e só o poderíamos

¹⁰⁰ O próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos, no seu art.63.º, n.º5, admite a possibilidade de se poder recorrer a esta figura, mas apenas nos casos contados de maior excecionalidade (disponível em www.ordemdosmedicos.pt).

¹⁰¹ Para PIRES DE LIMA, “*Reduzir um negócio significa circunscrever a nulidade de que ele enferma a uma parte do seu conteúdo, ficando a valer a parte restante. Aproveita-se alguma coisa que se acha contida no negócio, tal como ele originariamente surgiu, alguma coisa que em relação ao seu conteúdo representa, por assim dizer, um minus. Opera-se, por outras palavras, na redução uma mera alteração quantitativa de negócios jurídicos e não uma alteração qualitativa. O que fica a vigorar é o mesmo negócio ainda que amputado, e não um negócio novo.*”. Estamos perante uma presunção de divisibilidade ou separabilidade do negócio jurídico sob o ponto de vista da vontade hipotética das partes. Por via de regra, a invalidade de uma parte do negócio jurídico, não afastará a validade da outra parte, a não ser que demonstre que o mesmo não teria sido concluído sem aquela parte, ou seja, o mesmo é dizer que as “*partes teriam preferido não realizar negócio algum, se soubessem que ele não poderia valer na sua integridade*”. Se esta última situação se verificar, então é impossível o recurso à figura da redução. (In NETO, ABÍLIO, “*Código Civil Anotado*”, 15.ª edição, Ediforum, 2006, pp. 213 a 216.

¹⁰² Isto porque a maioria das pessoas, admite que se possa recorrer à maternidade de substituição, mas nunca a título oneroso, daí a parte viciada, em princípio, ser o da cláusula de pagamento.

fazer se verificássemos que a vontade presumível das partes ia no sentido de realização do negócio, mesmo sem a parte viciada, o que não nos parece de todo verossímil, e para além disso a questão que se suscita é se não estamos perante um “negócio” todo ele inválido, e portanto insuscetível de revogação.

Por sua vez, e se tivermos em consideração o instituto do *direito da família*, verificamos que as relações familiares, por via de regra, encontram-se na indisponibilidade das partes, logo, não podem ser objeto de contratos. Pelo que a maternidade de substituição, nunca poderia ser objeto de um contrato.

Para apoiar ainda mais este pensamento, invocava-se, desde já, o art.1982.º, n.º3 do Código Civil, que estabelece para a adoção, que: “*A mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto.*”. Ora, se até para estes casos, o legislador estabelece um prazo de reflexão, como poderia ele admitir que uma “mãe” desse o seu consentimento mesmo antes de ocorrer o parto, ou até quem sabe a conceção?

Outro dos argumentos invocado vai no sentido da proteção do melhor interesse da criança¹⁰³, e a verdade é que sobrelevam dúvidas se o recurso à maternidade de substituição, é feito tendo em conta o melhor interesse para a criança, ou dos pais contratantes, que possuem um desejo a ter filhos. Mas este argumento é falacioso, pois aquando do contrato de maternidade de substituição, ainda não estamos perante um embrião, quanto mais uma criança.

Em bom rigor, com a existência destes preceitos, não conseguimos concluir pela admissibilidade ou inadmissibilidade da maternidade de substituição, pelo que é necessário uma lei que venha determinar a sua validade ou invalidade, e que ao ser válida, venha especificar exatamente os termos e condições em que esta poderá ocorrer.

Mas antes de procedermos a análise desta lei, ficou uma questão por salientar: o que fazer, à luz dos preceitos existentes antes da entrada da Lei n.º32/2006 em vigor, se a mãe de substituição se recusar a entregar a criança?

¹⁰³ Para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo, surge como princípio orientador o seu superior interesse – art.4.º alínea a) da Lei n.º147/99, de 1 de Setembro (Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo). Este estabelece que “*a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.*”.

No entendimento de VERA RAPOSO¹⁰⁴, a mãe de substituição conserva o direito ao arrependimento, mais que não seja porque esta configura uma limitação a direitos de personalidade, e que como tal, o consentimento é sempre revogável – art.81.º, n.º2 do Código Civil. Se se permite que esta revogue o seu consentimento, e que deste modo, não entregue a criança, não parece então possível o recurso à execução específica¹⁰⁵ do contrato.

Por fim, também se invocava o Direito Penal, para “*na lógica da complementaridade*¹⁰⁶ (...) *tutelar alguns bens jurídicos envolvidos na prática médica de combate à infertilidade: a liberdade pessoal, a saúde pública e a integridade física dos beneficiários*”¹⁰⁷.

Assistiu-se assim à introdução de dois artigos ao Código Penal de 1982, o art.158.^{o108} e o art.214.^{o109}, em que se pune de forma geral as intervenções ou

¹⁰⁴ *Ob.cit.*, p.116.

¹⁰⁵ Em termos processuais, entende-se a execução específica como uma sentença judicial que vai produzir os efeitos da declaração negocial em falta, traduzindo-se assim numa sentença com eficácia constitutiva obtida no âmbito do processo declarativo, até porque o Tribunal não vai apenas proceder à condenação do faltoso, ou obriga-lo a cumprir, antes dá o contrato como concluído, substituindo-se à vontade dos que incumpriram. No entanto, há determinadas situações que a ocorrerem (obstáculos) impedem o recurso à execução específica do contrato, nomeadamente: a existência de convenção em contrário, a imposição da natureza da obrigação assumida e sempre que da lei resultar alguma exigência de um qualquer requisito que não possa ser suprido por sentença judicial. (OLIVEIRA, NUNO, Apontamentos das Aulas lecionadas no ano letivo 2007/2008, referentes à unidade curricular “Direito das Obrigações I”, no Instituto Superior Bissaya Barreto.) Sobre a aplicação deste regime, ver ainda OLIVEIRA, GUILHERME, *ob.cit.*, p.65.

Ora, para o caso *subjudice*, temos uma situação que vai obstar à validade do contrato, que é o carácter indisponível de determinados direitos, dos quais fazem parte integrante algumas matérias do direito da família, tais como a perfilhação, ação de investigação da paternidade, entre outras, assim como a maternidade de substituição, na opinião de alguns autores (ANTUNES VARELA, JOÃO, “*Das Obrigações em Geral*”, Vol.I, 10.ª edição, Almedina, 2006 – que analisa o regime do contrato promessa e consequentemente a execução específica, pp.306 a 374). Na verdade, a maternidade de substituição configura um contrato *intuitu personae*, na medida em que implica qualidades/características pessoais das pessoas, e que portanto, representa um obstáculo à execução específica, nomeadamente na sua vertente de imposição da natureza da obrigação assumida.

¹⁰⁶ Segundo este modelo, atribui-se menos relevância ao Direito Penal, uma vez que se deve tentar regular o fenómeno de forma especial, encarando-o como um todo, e não o dividindo em partes. Nesta ideia de complementaridade entende-se que a lei que regule a procriação medicamente assistida deve comportar uma parte dedicada aos tipos incriminadores, pois não é função do Direito Penal determinar quais as “traves-mestras” da mesma. (VALE E REIS, RAFAEL “*Responsabilidade Penal (...)*”, *ob.cit.*, p.71.).

¹⁰⁷ VALE E REIS, RAFAEL “*Responsabilidade Penal (...)*”, *ob.cit.*, p.74.

¹⁰⁸ Atualmente este artigo corresponde ao art.156.º do Código Penal.

¹⁰⁹ Atualmente este artigo corresponde ao art.168.º do Código Penal. Para ANABELA RODRIGUES, este artigo apenas tutela uma das dimensões da liberdade pessoal da mulher, a dimensão negativa, ou seja, o facto de não querer ser

tratamentos médicos arbitrários, onde cabe certamente a procriação medicamente assistida, e a prática de procriação artificial sem o consentimento da mulher, respetivamente.

4.3 Regulamentação com a entrada em vigor da Lei n.º32/2006 (*Jus Conditum*)

Como já fizemos referência, o nosso legislador tardou em regulamentar as questões da procriação medicamente assistida, só o tendo feito em 2006, pela publicação da Lei n.º32/2006, de 26 de Julho¹¹⁰, que passou a regular a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

O *art.6.º* da referida lei consagra os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, definindo que apenas “*as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA*”.

Ora, este preceito exclui as pessoas solteiras que pretendam ter filhos, quer sejam elas hetero ou homossexuais, assim como as pessoas do mesmo sexo que sejam unidas de facto. Se olharmos atentamente para o preceito, verificamos que o legislador não fez qualquer tipo de menção a pessoas casadas do mesmo sexo. Com a entrada em vigor desta lei, ainda não era permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, só vindo o mesmo a acontecer através da lei n.º9/2010 de 31 de Maio.

Como o legislador não previu esta situação, quer por pensar que esta situação não iria ocorrer ou até mesmo por lapso, após a emissão da referida lei, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida rapidamente emitiu, em 18 de Junho de 2010, uma Declaração onde menciona que “*actualmente o acesso às técnicas de PMA continua legalmente vedado às pessoas do mesmo sexo casadas entre si*”.

mãe. Esta autora vem ainda criticar a sistematização deste artigo no Código Penal, pois entende que este devia figurar entre os crimes contra a liberdade pessoal (RODRIGUES, ANABELA, *apud* VALE E REIS, RAFAEL, “*Responsabilidade Penal (...)*”, *ob.cit.*, p.72.).

¹¹⁰ A Constitucionalidade de alguns pontos desta Lei foram postos em causa, tendo-se pronunciado o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março (in Diário da República, n.º64, Série II, pp.12452 e ss.).

Este preceito fala ainda na idade dos beneficiários, onde estabelece como limite mínimo a idade de 18 anos (n.º3), mas já nada indica como limite máximo de idade, podendo levar a que mulheres com uma idade avançada, e já inférteis pelo decurso da natureza, venham recorrer a estas técnicas para terem um filho.

Já no seu **art.8.º**, este diploma vem regular a maternidade de substituição ao estabelecer que:

“1 – São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

2 – Entende-se por “maternidade de substituição” 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.

3 – A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.”

A redação deste artigo corresponde quase na íntegra¹¹¹ ao art.6.º da Proposta de Lei n.º135/VII, apresentada pelo Governo, determinando assim a nulidade dos contratos de maternidade de substituição, sejam eles gratuitos ou onerosos.

Por sua vez, vem qualificar juridicamente esta realidade como “maternidade de substituição”¹¹² e ainda vem honrar o preceituado no art.1796.º, n.º1 do Código Civil, ao determinar que a mulher que der à luz será considerada como mãe da criança¹¹³.

¹¹¹ Na feitura deste artigo, apenas não se transpôs o n.º1 do art.6.º da referida Proposta de Lei que estabelecia: “É proibido o recurso à maternidade de substituição.”

¹¹² Para OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Não havia que proceder a nenhuma qualificação à cabeça. Bastaria falar em gestação para outrem, que é na realidade o que se verifica.” - “A Lei n.º32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Volume III – Dezembro 2007, disponível em www.oa.pt.

¹¹³ Esta “solução é gravemente errada. A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção. O interesse prioritário é o do novo ser e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação.” – V. ASCENÇÃO, OLIVEIRA, *ob.cit.*. E nos casos em que a mãe de substituição apenas disponibiliza o seu útero para gerar a criança e as contribuições genéticas são de ambos os elementos do casal, será que aqui não podemos invocar o Princípio da Verdade Biológica? Será que nesta situação em concreto, o legislador não faz contradizer o direito? Não irá esta norma contra a verdade biológica que a ordem jurídica portuguesa tanto invoca? A verdade é que o legislador não ponderou o suficiente sobre esta questão para este caso em concreto, pois aqui os pais biológicos são as pessoas contratantes, e independentemente da sanção que se pretenda fazer incorrer estas pessoas por recorrerem a esta figura, não é argumento suficiente para pôr em causa o princípio da verdade biológico, e o direito que esta nova criança vai ter à sua identidade pessoal e biológica. Mais, se afirma que o legislador devia ter criado uma norma de reconhecimento deste vínculo, para deste modo se produzir um resultado coincidente com a verdade biológica, o que não aconteceu, restando apenas o recurso a uma ação de impugnação da maternidade (V. ainda PEREIRA COELHO,

Por sua vez, o legislador ainda consagrou, no **art.39.º** da supramencionada lei, sanções pelo recurso à maternidade de substituição, estabelecendo que:

“1 — Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 — Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.”

A problemática em torno da criminalização, ainda não se encontra resolvida, mormente por ainda se entender que esta figura deveria ser admissível.

Mas apesar da discussão, a verdade é que o legislador optou por introduzir um artigo que leva à punição da maternidade de substituição. No n.º1 do referido artigo, pune-se criminalmente apenas a maternidade de substituição onerosa, mas não a gratuita. A verdade é que o legislador atribuiu efeitos civis iguais para ambas as situações, a nulidade do negócio, e por sua vez, conferiu uma sanção criminal à maternidade de substituição onerosa, com o intuito, ao que nos parece, de evitar a “profissionalização” da maternidade de substituição.

A constitucionalidade deste preceito foi posta em causa, com o argumento de que o bem jurídico tutelado era o mesmo, e que deste modo, não fazia sentido a diferença de tratamento dado a uma questão e à outra. O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão, afirmando que: *“o legislador não é necessariamente obrigado a criminalizar uma conduta, sempre que se entende haver um bem jurídico digno de tutela jurídica. No cumprimento dos deveres de protecção de bens jurídicos que a Constituição estabelece ao consagrar um direito fundamental, o legislador tem sempre alguma margem de livre apreciação no que respeita à escolha dos meios mais adequados para garantir esse bem respeitando os outros valores e interesses constitucionalmente protegidos à luz do princípio matricial da dignidade da pessoa humana”*¹¹⁴.

Ainda analisando o art.39.º, n.º1, nomeadamente a sua letra, temos de analisar a expressão “concretizar”, pois com a mesma não se percebe se o legislador pretende

FRANCISCO *et* OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Curso de Direito da Família”, Volume II, Coimbra Editora, 2006, pp.52 a 54, e 67 e ss.).

¹¹⁴ Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, p.12468.

apenas referir-se à mera celebração do contrato ou a execução do mesmo. Parece-nos que o autor RAFAEL VALE E REIS descortina esta questão, e bem, ao entender que se considera “*preenchido o tipo apenas nos casos em que, celebrado o contrato (verbalmente ou sob forma escrita), as partes executaram o acordo firmado através da entrega e recepção da criança (com a inerente renúncia aos poderes e deveres próprios da maternidade)*”¹¹⁵.

Ainda no art.39.º, n.º1 temos uma remissão implícita para o art.8.º, n.º2, que define maternidade de substituição, o que leva a que inúmeras condutas possam ser consideradas como crime, devido à ampla noção que é dada.

Por último no art.39.º, n.º2, com a criminalização daquelas condutas, o legislador pretendeu afastar a ingerência de terceiros (nomeadamente, angariadores ou mediadores) nestes contratos, como já foi feita alusão na alínea b) do ponto 2.3.

Não podemos de forma alguma encerrar este tema sem fazer referência aos Projetos de Lei que ainda se discutem entre nós, a propósito desta questão, nomeadamente os n.ºs 122/XII (Bloco de Esquerda)¹¹⁶, 137/XII (Juventude Socialista)¹¹⁷, 131/XII (Partido Socialista)¹¹⁸ e 138/XII (Partido Social Democrata)¹¹⁹. Relativamente aos dois primeiros, foram ambos rejeitados no Parlamento em 20 de Janeiro de 2012, enquanto os outros dois foram remetidos à Comissão sem aprovação na generalidade.

Os Projetos de Lei do Partido Socialista e do Partido Social Democrata vêm permitir o recurso à maternidade de substituição em casos excepcionais, desde que ela seja gratuita (no máximo só há lugar ao pagamento das despesas médicas inerentes a este técnica), mas o Partido Socialista faz ainda mais uma exigência, ao determinar que tem de haver conexão biológica entre pelo menos um dos beneficiários e o feto.

Deste modo, fica-se a aguardar com grande ânsia, que estes projetos de lei adquiram a “força” necessária para serem aceites e que assim se consiga alterar o regime consagrado para a maternidade de substituição, a saber, a da sua proibição total.

¹¹⁵ VALE E REIS, RAFAEL “*Responsabilidade Penal (...)*”, *ob.cit.*, p.90.

¹¹⁶ Publicado em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º87/XII/1, em 24 de Dezembro de 2011, pp.13 a 18.

¹¹⁷ Publicado em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º95/XII/1, em 11 de Janeiro de 2012, pp.26 a 31.

¹¹⁸ Publicado em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º95/XII/1, em 11 de Janeiro de 2012, pp.10 a 13.

¹¹⁹ Publicado em Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º100/XII/1, em 18 de Janeiro de 2012, pp.42 a 45.

5. A Maternidade de Substituição no Direito Comparado

Nesta sede, iremos analisar a maternidade de substituição nos diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Podemos assim, ter diversas perspectivas desta figura: em primeiro lugar, podemos ter países favoráveis à sua aplicação, estipulando estas na sua regulamentação; ordenamentos jurídicos que podem admitir a maternidade de substituição, contudo restringem a sua aplicação; países que se podem mostrar totalmente contra esta figura, assumindo uma posição de restrição completa a esta; e por fim, países que podem não adotar qualquer tipo de medidas, leis ou regulamentos sobre esta matéria.

Vários são os países que admitem a maternidade de substituição, mas determinam a sua admissibilidade mediante a verificação de alguns requisitos, como por exemplo, a Grécia, o Canadá e o Reino Unido.

A **Grécia** admite a prática da gestação por outrem, no art.1458.º do seu Código Civil. Através deste, a mulher que tenha gerado a criança para outrem, transmite para a mulher comitente todos os direitos legais de mãe. Para esta prática ser considerada legal é necessária a verificação de alguns requisitos: existência de uma autorização judicial, realizada antes da transferência, através de um acordo escrito, sem que haja uma contrapartida monetária. O tribunal deve autorizar esta gestação posteriormente à mulher interessada apresentar um requerimento com provas de que é biologicamente incapaz de conceber um filho e que, a mãe de substituição está em perfeitas condições de saúde e de conceber o filho.¹²⁰

A **lei canadiana** não consagra expressamente nenhuma proibição no seu texto legal (Assisted Human Reproductive Act de 2004), permitindo assim a maternidade de substituição. Para que a gestação por outrem seja permitida, é necessário a verificação de dois requisitos fundamentais: os contratos de gestação têm de ser gratuitos e não onerosos e não é permitido a existência de mães de substituição com menos de 21 anos de idade. Tem vindo a verificar-se no Canadá uma necessidade imperiosa de criação de comités para supervisionar e regular o tratamento desta matéria.

No **Reino Unido**, a aplicação da maternidade de substituição é admitida, mas com algumas reservas e restrições. Em 1985, o *Surrogacy Arrangements Act* proibiu a

¹²⁰ ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, pp.60 a 61.

celebração e angariação de contratos de substituição onerosa, condenando mesmo os angariadores desta prática.¹²¹ Contudo, em 1990, ocorre uma alteração deste diploma com o *Human Fertilisation and Embryology Act*, que no seu art.36.º, n.º 1 prevê uma norma que afasta a execução dos contratos de substituição contra a vontade dos membros envolvidos. Esta maternidade de substituição só pode ter lugar quando praticada de forma gratuita e por mulheres que não possam ter filhos de outra forma.

Para admitirmos a maternidade de substituição, têm de se verificar os seguintes requisitos: em primeiro lugar, a criança deve ter sido gerada a partir de gâmetas fornecidos pelos contraentes, ou pelo menos, a partir dos gâmetas do homem ou da mulher contraente; a mãe de substituição deve estar de acordo com a entrega da criança; e por fim, o consentimento desta tem de ser prestado seis semanas após o parto.¹²²

Na Europa, a tendência vai no sentido de rejeitar a admissibilidade da maternidade de substituição, como acontece com a Espanha, França, Alemanha, Itália, **República Checa, Suíça, Noruega, Áustria e Argentina.**

A **Lei Espanhola** antes de 2006, não consagrava qualquer norma sobre a maternidade de substituição, situação que se alterou com a entrada em vigor da Lei 14/2006, de 26 de Maio, que no seu art.10.º prevê a nulidade dos contratos de maternidade de substituição gratuita ou onerosa¹²³. A doutrina espanhola considera que o recurso à maternidade de substituição não confere a quem contrata, o estatuto de “mãe” e que, a norma sobre a determinação da maternidade que é atribuída ao contraente que dá à luz, é uma forma melindrosa de obter um filho.¹²⁴

No **ordenamento jurídico francês**, esta prática é proibida, sendo equiparada à venda de crianças. Os contratos realizados neste âmbito serão nulos, já que violam as leis sobre a adoção e o responsável pode ser punido criminalmente. O Código Civil

¹²¹ ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, p.59.

¹²² ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, p.59.

¹²³ Antes da entrada em vigor desta lei, já pelo art.10.º, n.º2 da Lei n.º35/1988, de 22 de Novembro, assim como do art.39.º, n.º2 da Constituição Espanhola, e ainda do art.110.º do Código Civil Espanhol era possível determinar a proibição da maternidade de substituição (V. ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, pp.57 e 58 e RAPOSO, VERA, *ob.cit.*, pp.104 e 105).

¹²⁴ SANCHEZ, YOLANDA, *apud* RAPOSO, VERA, *ob.cit.*, p.105

Francês proíbe a celebração de contrato de gestação por outrem, no seu art.16-7, alterado pela Lei 94-653.¹²⁵

Questão polémica surge quando a gestante manifestar o interesse em permanecer com a criança, nos casos em que existe um contrato de gestação. A doutrina diverge nesta matéria; existe uma posição que defende que esta não necessita de devolver o valor recebido, na medida que, exerceu uma atividade durante os nove meses; por outro lado, outra teoria defende que deve existir a devolução do montante ao casal comitente, pois considerava-se existir um enriquecimento ilícito se a quantia em causa permanecesse na esfera do gestante.¹²⁶

No **direito alemão**, a maternidade de substituição começou por ser analisada do ponto de vista judicial, com os juízes alemães a recusarem a possibilidade deste tipo de contratos. Em 1984 foi criado um comité para a análise de questões de tecnologia genéticas; e posteriormente em 1989 foi elaborada uma lei que proibiu a angariação de mães de substituição (art.13.º do diploma). Mais tarde, em 1990, surgiu a Lei de Proteção dos Embriões, em que a maternidade de substituição foi expressamente proibida, sendo o médico responsabilizado penalmente pela aplicação deste método.

No **direito italiano**, a Lei n.º40, de 19 de Fevereiro de 2004, vem proibir expressamente a maternidade de substituição. Esta norma foi atribuída ao Colégio Médico Italiano, que proibiu a prática de gestação por outrem. Além da proibição expressa, esta Lei n.º40, no seu art.12.º, n.º 6 vinha a criminalizar a prática da mesma.

Apesar de a tendência evoluir no sentido de legislar este fenómeno, a verdade é que muitos países ainda não o fizeram, como por exemplo, **Malta, Tailândia, Jordânia, África do Sul, Chile, México, Perú.**

A título de exemplo, a **Índia** apesar de não ter regulamentação própria sobre a questão, o *Indian Council of Medical Research* estabeleceu algumas diretrizes de orientação, como forma de regulamentação. Contudo, foi com o caso Manji's, em 2002, que a Índia manteve a licitude da substituição comercial.

¹²⁵ Existiu porém, uma situação em que o contrato de gestação por outrem foi admitido em França entre um casal e uma mulher. O julgamento ocorreu na Câmara Cível de Paris, em 15 de Junho de 1990. Neste processo, a decisão considerou provada a paternidade biológica do marido requerente e omissa quanto à maternidade, permitindo à mulher comitente a adoção da criança (V. SAUKOSKI, SAYONARA, *ob.cit.*, p.116).

¹²⁶ SAUKOSKI, SAYONARA, *ob.cit.*, p.116.

Outros países que convém referir são a Austrália e os Estados Unidos da América, em que seus Estados se encontram divididos e estipulam regimes diferentes para esta situação.

A **Austrália**¹²⁷ apresenta uma lei específica sobre a matéria, contudo os diversos estados divergem quanto à possibilidade de substituição gratuita e onerosa, podendo em alguns casos, punir criminalmente os processos em que a substituição foi feita de forma onerosa.

Nos **Estados Unidos**, a *National Conference of Commissioners on Uniform Status Law* aprovou o *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*. Este era definido como um conjunto de dois modelos de regulamentação de contratos em que o Estado escolhia qual a alternativa que queria seguir, isto é, optava por considerar nulos todos os contratos de gestação ou reconhecia estes contratos como válidos em função de determinados requisitos.¹²⁸ É deixado ao critério dos Estados a liberdade de regulamentação sobre a matéria, mas também em relação às associações médicas, sendo possível esta forma de gestação por outrem, quando estas também o aceitem.

Os requisitos para aceitação da maternidade de substituição são: o acordo livre e consciente dos intervenientes do contrato, a aptidão para cumprir o contrato e por fim, a capacidade do casal contraente para satisfazer as necessidades das crianças.

Alguns dos Estados proíbem expressamente o contrato de gestação de outrem, com uma vertente financeira associada como são exemplo a Flórida, Louisiana, Nebraska ou Michigan; por outro lado, Dakota do Norte e Utah proíbe qualquer tipo de maternidade de substituição, seja ela gratuita ou onerosa; Estados como Califórnia, New Jersey e Illinois permitem a celebração de contratos de maternidade de substituição. Outros Estados apresentam regimes muito duvidosos na medida que, não apresentam qualquer legislação sobre a matéria ou porque a legislação existente é pouco transparente ou confusa.

Em jeito de balanço desta gestação por outrem neste país, as vozes dizem que esta tem sido de aplicação muito confusa e desconexa, na medida que, alguns optam por uma posição favorável pela maternidade de substituição e outros não, com diversas

¹²⁷ O ordenamento jurídico australiano foi o primeiro país a regulamentar os procedimentos sobre esta questão, através do Australian State of Victoria's Infertility (Medical Procedures) Act 1984 (V. SAUKOSKI, SAYONARA, *ob.cit.*, p.115).

¹²⁸ ABREU, LAURA DUTRA DE, *ob.cit.*, p.62.

regras de aplicação e celebração, o que por vezes, torna demasiado difícil a sua interpretação e aplicação.

Os Estados Unidos apresentam no seu território diversas associações que promovem a existência de contactos entre os casais comitentes e as candidatas a mães substitutas, tendo uma função de colaboração e agilização do processo em causa.

6. Síntese

Face a tudo o que ficou exposto, concluímos pela aceitação total da maternidade de substituição, no entanto, a nossa posição vai no sentido de aceitar a maternidade de substituição, mas com algumas limitações. Tal entendimento baseia-se no facto de a sociedade, assim como os institutos jurídicos vigentes no nosso ordenamento, ainda não estarem preparados para uma mudança tão drástica.

Desta forma, a maternidade de substituição deve apresentar-se como uma possibilidade, para mulheres que efetivamente tenham problemas de infertilidade, tal como é concretizado pelo Bloco de Esquerda no seu projeto de lei n.º371/IX: “*A mulher contratante seja uma mulher nascida sem útero, com uma tal malformação uterina que a torne incapaz de levar a bom termo uma gravidez, tenha sido sujeita a uma histerectomia por razões médicas ou, por fim, padeça de uma doença que não lhe permita engravidar sem colocar em risco grave a sua vida;*”.

No entanto, aqui coloca-se uma questão, pois o entendimento maioritário vai no sentido de se negar esta possibilidade aos casais homossexuais. Então, os casais homossexuais masculinos, também eles não são naturalmente inférteis? A verdade é que também estes não podem gerar uma criança, pois não possuem útero, e no entanto é-lhes negada esta possibilidade. Apesar de não se nos afigurar legítima tal discriminação¹²⁹, também temos de atender ao pensamento da maioria dos membros da nossa sociedade, uma vez que vivemos em democracia, que se manifestam contra a adoção de crianças por parte de homossexuais, logo o mesmo pensamento se aplica à maternidade de substituição. Esta situação é facilmente contornável, pois a legislação pode continuar a

¹²⁹ Até porque se atentarmos à realidade, um casal de lésbicas, facilmente consegue ter uma criança, pois estas possuem todas as condições necessárias, à partida, necessitando apenas de serem inseminadas, ou numa posição mais drástica de manterem relações sexuais com um homem, de forma a obter o seu esperma, situação essa que já não se verifica em relação aos casais homossexuais masculinos.

impor-se no mesmo sentido em que nega essa possibilidade a determinadas pessoas, entre elas os casais homossexuais.

Outra problemática atinente a esta matéria tem a ver com a recompensa que se pode dar à mãe de substituição, pelo serviço prestado (a geração da criança). No nosso entendimento, a contrapartida dada não deve estar rodeada de tanta polêmica, como já explanamos anteriormente no local devido. Apesar disso, entendemos que a maioria da nossa sociedade vê com maus olhos esta contrapartida, daí que ao ser admitida a maternidade de substituição, devíamos admiti-la apenas como gratuita, de modo à nossa sociedade se adaptar a esta nova realidade, e depois sim, ver a tendência da sociedade, se posteriormente admite, aceita e compreende a passagem, na maioria dos casos da gratuidade à comercialidade.

Se admitirmos a maternidade de substituição, como vamos determinar a “mãe” da criança, visto que segundo o nosso Código Civil, mãe é aquela que dá à luz (art.1796.º, n.º1)? Ora, tal entendimento pode ser facilmente contornável, pela introdução de um artigo que estipule que em casos de procriação medicamente assistida, mais concretamente na maternidade de substituição, a mãe da criança em princípio será a mãe que contratualiza o serviço, no sentido de obter a criança, mas só depois de ouvido o Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida.

Por último, ao falarmos no Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida, temos ainda de nos pronunciar no sentido de que este deve conceber-se como uma entidade reguladora da maternidade de substituição. Para os contratos de maternidade de substituição não caírem em ambiguidade, todos os contratos devem ser alvo de parecer e autorização desta entidade, de tal forma, que a consequência da sua não observância deve gerar a nulidade do contrato, e deve ser havida como mãe da criança, a mulher que dá à luz.

CAPÍTULO III

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO ALÉM-FRONTEIRAS

1. Direito Internacional e Europeu

No domínio do direito internacional, as leis reguladoras das técnicas de procriação medicamente assistida, onde se insere a maternidade de substituição, não estão desenvolvidas. Deste modo, para obter uma orientação/ regulação desta questão temos de atentar às leis internacionais de direitos humanos para podermos inferir da sua viabilidade.

Os instrumentos internacionais ao dispor, ou seja, que se pronunciam sobre esta questão, são desde logo, a Declaração Universal em Bioética e Direitos Humanos (2006), a Declaração Universal em Genoma Humano e Direitos Humanos (1997), a Convenção Europeia em Direitos Humanos e Biomedicina (1997), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), e Declaração Universal dos Direitos do Homem (1978)¹³⁰, e a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1951).

Como podemos comprovar pela maternidade de substituição no direito comparado, a divergência de opiniões sobre esta matéria é grande, de tal forma que muitos países optam por rejeitar esta possibilidade, outros optam por aceitá-la com ou sem restrições, e outros optam por não legislar. Ora, atendendo a este panorama, estamos cientes que a nível do direito internacional é improvável desenvolver os princípios já existentes, quanto mais consagrar uma legislação comum.

Já no que concerne ao direito europeu, a situação já não apresenta o mesmo panorama, pois a União Europeia tem-se preocupado em emitir normas reguladoras da Saúde. Deste modo, várias têm sido as normas emitidas, no sentido de um direito da saúde europeu, nomeadamente, o art.3.º do Tratado de Lisboa (especialmente na

¹³⁰ CSETE, JOANNE; WILLIS, REILLY, “*Rights as recourse: globalized motherhood and human rights*”, in *The Globalization of Motherhood – Deconstructions and Reconstructions of biology and care*, Routledge, 2010, pp.215 a 216.

promoção dos direitos humanos¹³¹), e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que em sintonia com a Convenção de Oviedo, estabelece nos seus arts.3.º e 35.º, uma verdadeira “*mini-constituição europeia do direito da saúde*”¹³².

Tal como acontece com as pessoas, bens e serviços, também na saúde existe um direito de livre circulação de doentes na União Europeia. Este direito de livre circulação de doentes embate com a competência individual de cada Estado Membro no que toca à organização e prestação de cuidados de saúde. Mas a verdade, é que segundo o Tribunal de Justiça Europeu cada paciente tem “*o direito de beneficiar de cuidados de saúde noutra Estado-Membro e ser reembolsado no seu país de origem*”¹³³.

Sobre esta questão, temos que focalizar a emissão da Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho¹³⁴, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços. Esta Diretiva¹³⁵ foi emanada com o propósito de proporcionar cuidados de saúde transfronteiriços com qualidade e segurança, desenvolver a cooperação entre os Estados-membros, e consagrar direitos aos pacientes já proclamados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu¹³⁶.

A referida diretiva consagra que em determinados casos, “*os pacientes podem recorrer a cuidados médicos noutra Estado membro, escolhendo livremente o prestador de serviços público ou privado, e serem reembolsados pelo sistema de saúde do seu Estado, sem autorização nem formalidades prévias*”.

¹³¹ Convém ainda salientar que o Conselho da Europa tem-se salientado pela defesa dos direitos humanos, em especial os respeitantes ao direito biomédico.

¹³² PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “*Um Direito da Saúde para a Europa?*”, in *Debater a Europa*, Periódico do CIEDA e do CIEJD, n. 2/3, Janeiro/ Dezembro, 2010, pp.30 a 31

¹³³ O Tribunal de Justiça tem vindo a fazer alusão a esta questão em múltiplos acórdãos, como por exemplo, o Acórdão de 28 de Abril de 1998, Proc. C-158/96 *Kohll* [1998]; o Acórdão de 28 de Abril de 1998, Proc. C-120/95 *Decker* [1998]: I-1831; o Acórdão de 12 de Julho de 2001, Proc C-157/99 *Geraets-Smits and Peerbooms* [2001]: I-5473; o Acórdão de 12 de Julho de 2001, Proc. C-368/98 *Van Braekel* [2001]: I-05363; o Acórdão de 13 de Maio de 2003, Proc. C-385/99 *Müller Fauré and Van Riet* [2003]:I-4509; o Acórdão de 18 de Março de 2004, Proc. C-8/02 *Leichtle* [2004]: I-2641 (V. PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *ob.cit.*, p.33, nota de rodapé 12). Estas decisões fazem colidir a liberdade de circulação de pessoas e serviços com o “*princípio da subsidiariedade e sustentabilidade dos sistemas nacionais de cuidados de saúde*”. (DAVIES, GARETH, *apud*, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *ob.cit.*, p.34).

¹³⁴ In *Jornal Oficial da União Europeia*, L 88, de 9 de Março de 2011, pp.45 a 65.

¹³⁵ A diretiva é o instrumento jurídico de eleição para promover a harmonização das legislações nacionais. A união europeia, com esta emanção obriga os Estados a adotarem um determinado resultado, mas concede-lhes a prerrogativa de escolha dos meios a utilizar.

¹³⁶ V. Ponto 10 das considerações da Diretiva 2011/24/UE.

O conteúdo regulamentado através da supramencionada diretiva constitui um grande avanço a nível europeu, podendo até mesmo afirmar-se que a União Europeia, pretende aumentar a sua intervenção no Direito de Saúde, e até mesmo obter uma harmonização jurídica nesta matéria. Todavia, apesar de regulamentar esta questão, ela entende que a sua transposição para as legislações nacionais não pode ser vista como um incentivo à realização de tratamentos médicos além-fronteiras.

Deste modo, a União Europeia não pretende fomentar o recurso a tratamentos médicos além-fronteiras, mas como entende que este fenómeno se tornou uma prática usual, nos dias de hoje, não se pode abster de a regular, dando assim mais ênfase a questões de harmonização jurídica, segurança e qualidade do que propriamente a conceções morais.

2. Teses de Solução¹³⁷

O turismo reprodutivo pode ser entendido por muitos, como uma solução à legislação restritiva ou a elevados custos de tratamento, ao passo que para outros pode ser entendido como um problema, na medida em que há uma “fuga” ao respeito pelas leis do país de origem, que expressam a opinião moral da maioria da sua sociedade.

Antes de avançarmos temos de fazer referência às teses de solução apontadas por PENNINGS¹³⁸: o Pluralismo Moral na Ordem Interna, a Conformidade Forçada e a Harmonização Internacional.

2.1 Pluralismo Moral na Ordem Interna

A existência de pessoas que discordam ou possuem diferentes pontos de vista acerca de algum assunto leva a que haja vários grupos dentro de uma sociedade. Perante esta situação, e na feitura de uma lei, o legislador tem de ter em conta os diferentes pontos de vista que possam surgir, e respeitá-los, pois vivemos em democracia.

Estaremos perante uma lei democrática, quando esta retrata uma concordância prática entre os diferentes interesses ou pontos de vista dos membros da sociedade. Deste modo, uma lei não deve refletir apenas a posição de um determinado grupo, pois

¹³⁷ PENNINGS, G., “*Reproductive Tourism...*”, *ob.cit.*, pp.338 a 341.

¹³⁸ PENNINGS, G., “*Reproductive Tourism...*”, *ob.cit.*, pp.338 a 341.

o respeito pela autonomia moral dos cidadãos passa por, em caso de discórdia, não se impor uma alternativa por lei.

O legislador ao criar uma lei que proíba a maternidade de substituição, leva a que determinadas pessoas sejam discriminadas, e que não se tenham em conta os pontos de vista e os interesses destas, como por exemplo, uma mulher que não possua útero e que deseja ter um filho biológico. Uma forma de reduzir o turismo reprodutivo seria então abolir todo o tipo de legislação restritiva e coerciva, possibilitando aos cidadãos todos os tratamentos médicos que estes desejassem.

Não havendo concordância entre os vários interesses dos vários grupos de uma sociedade, o legislador pode sempre optar por não regulamentar a questão, deixando que naturalmente, a moral se imponha, isto é, que as pessoas consoante a sua base moral optem por um sentido ou por outro. Claro que o legislador não se deve abster de regulamentar uma questão, apenas porque os diferentes grupos não chegam a um consenso.

A solução passa então pela criação de uma lei, que não seja tão restritiva/coerciva que impeça determinados grupos de acederem a tratamentos médico-reprodutivos, mas sim uma lei mais branda, que ainda que imponha determinados requisitos, dê mais ênfase a questões de segurança e qualidade na prestação dos mesmos.

2.2 Conformidade Forçada

Uma outra situação que pode ocorrer é que perante uma lei, exista uma tentativa de conformidade forçada, que tanto pode ser exercida pelo país de origem, como pelo país de destino, mediante as seguintes ordens de ação: (i) exigência de cidadania ou residência permanente, (ii) restrição da liberdade de movimentos e, (iii) existência de controlo e acusações criminais.

Relativamente à exigência de cidadania ou residência permanente, muitos têm sido os países de destino a impor esta ordem de ação como requisito de acesso a tratamento médico no seu país. Os fundamentos invocados para esta imposição passam necessariamente por o país de destino estar interessado no resultado do tratamento, daí que não queira que os “turistas médicos” abandonem o país sem o seu aval, ou ainda para proteção do sistema de saúde interno, que poderia ficar sobrecarregado com a

chegada destes. No entanto, estes argumentos não devem preponderar, quer pela sua superação ser facilmente contornável, quer pela existência de um argumento muito lógico, uma vez que não cabe a este país impor regras de limitação do recurso a estes tratamentos, quando eles próprios adotam uma conceção moral diferente daquela que é estabelecida no país de origem dos “turistas médicos”.

Já quanto à restrição da liberdade de movimentos dos cidadãos imposta pelo país de origem, consideramo-la de todo inaceitável, pois para além de interferir com a ideia central de espaço comunitário, nomeadamente a livre circulação de pessoas, bens e serviços, a verdade é que também iria colidir com o direito à reserva da vida e da intimidade privada, pois o Estado não se deve imiscuir nas razões que levam um cidadão a visitar outro país.

Por último, e já relativamente ao controlo que pode ser feito pelos países de origem, não podemos admitir que estes aquando da chegada dos “turistas médicos” procedam ao reexame dos mesmos em busca de indícios de práticas de tratamento médico, que nestes são ilícitas e punidas criminalmente. Tal situação levava a que na presença desses indícios os “turistas médicos” fossem acusados e punidos criminalmente por uma conduta realizada num país em que tal conduta fosse lícita. O Parlamento Europeu pronunciou-se sobre esta questão em 1991, condenando a realização da mesma¹³⁹, o que merece o nosso total aplauso.

2.3 Harmonização Internacional

Se todos os países encarassem a mesma questão sobre a mesma conceção, não estaríamos perante tamanha problemática. No entanto, se não possuíssem a mesma conceção sempre se poderia tentar um consenso global, em que necessariamente teria de se proceder a uma concordância prática, de modo a derrogar ou minimizar determinados princípios em favor de outros. Contudo, até esta tarefa se encontra dificultada, pois até pode haver um consenso global sobre um princípio, mas a sua aplicação a uma situação concreta, pode levar a opiniões extremas e inconciliáveis, que não se coadunam com uma harmonização internacional.

¹³⁹ Esta situação verificou-se na Alemanha, em 1990, quando os guardas de fronteira procediam a exames ginecológicos forçados de modo a aferir da realização ou não de abortos (V. PENNING, G., “*Reproductive Tourism...*”, *ob.cit.*, p.339).

Deste modo e face ao exposto, estamos cientes que uma verdadeira harmonização internacional é uma utopia, devido às concepções morais e religiosas que variam de forma, por vezes, drástica, de país para país.

3. A Maternidade de Substituição Além-Fronteiras

O caso em concreto das técnicas de procriação medicamente assistida, na qual se insere a maternidade de substituição, é uma questão controversa, que possui diferentes opiniões nos vários grupos que compõem uma sociedade. Antes da imposição de uma lei, os partidos políticos apresentam as propostas de regulamentação, e posteriormente procedem à sua aprovação ou rejeição, em sede de votação.

A lei a adotar será aquela que a maioria entender, pois as nossas decisões parlamentares baseiam-se num princípio de maioria, e não de consenso, o que não é correto, pois se adotássemos este último conseguiríamos evitar a discriminação de opiniões minoritárias (que não são erradas, apenas diferentes). Para nos podermos afirmar como uma sociedade pluralista, é necessário que perante a eminência de tal discriminação, o Estado se pautem por valores como autonomia, tolerância e respeito mútuo.

Ao impor uma concepção moral, apenas porque esta é maioritária, levará a que todos os cidadãos se pautem pela mesma, o que pode gerar um conflito, que ameace a paz e a cooperação societária. Partindo do pressuposto, que a concepção da maioria é a da rejeição total da maternidade de substituição, o Estado tem duas formas de pacificar o conflito moral: (i) adequa a posição da maioria, de forma a reunir considerações de outros grupos, como por exemplo, o Estado pode permitir o recurso à maternidade de substituição, mediante a verificação de requisitos muito restritos; (ii) ou então manifesta um nível de tolerância para com as minorias, respeitando a sua autonomia moral, de que é exemplo a permissão do turismo reprodutivo.

A maioria das sociedades europeias manifesta-se contra o recurso à maternidade de substituição, daí que o Estado decida, segundo um princípio de maioria, por consagrar esta opção. No entanto, enquanto sociedade pluralista assume desde logo uma tolerância externa, pois permite o recurso ao turismo médico, mais concretamente ao turismo reprodutivo, evitando assim conflitos morais ou sociais que possam surgir, devido à frustração dos tratamentos médicos desejados pelas minorias.

Ao iniciar-se o processo de turismo reprodutivo, várias são as situações a ter em conta pelos “turistas médicos”. Assim, desde logo, o “turista médico” tem de escolher o país de destino para a realização do procedimento médico, baseando-se nos seguintes fatores: (i) consagração legal permissiva da maternidade de substituição; (ii) custo do serviço; (iii) opção legal de arrependimento da mãe de substituição e; (iv) regras de determinação da maternidade.

Deste modo, os turistas médicos deverão num primeiro plano analisar se o país de destino apresenta uma legislação favorável à maternidade de substituição. Os países de eleição, em sede de maternidade de substituição têm sido a Índia e os Estados Unidos da América (em alguns Estados), ambos favoráveis à maternidade de substituição.

Relativamente ao custo do serviço, este pode ser bastante variável, de que é exemplo a Índia com um custo de cerca de 15.000€, ao passo que nos Estados Unidos da América, esse custo aumenta para cerca de 100.000€¹⁴⁰. Apesar de a Índia apresentar um custo mais baixo, a maioria dos Portugueses tem optado por realizar o procedimento nos Estados Unidos da América, uma vez que na Índia existe uma maior probabilidade de serem enganados.

Os Estados Unidos da América, disponibiliza aos turistas médicos, agências especializadas, que atuam ao longo de todo o processo: escolhem as mães de substituição e/ou dadores de acordo com a pretensão do casal, encaminham-nos para uma clínica para a realização do procedimento e no fim, ainda põem ao seu dispor advogados para tratar de todo o processo burocrático que lhe está inerente, nomeadamente na concessão de autorizações legais, a fim de evitar problemas futuros¹⁴¹.

Outro fator a ter em conta, é o facto de determinadas legislações consagrarem um direito ao arrependimento por parte da mãe de substituição, ou seja, até ao último momento a mãe de substituição pode recusar-se a entregar a criança¹⁴². Num país em que tal legislação não exista, ou que tal especificidade não figure entre as cláusulas do contrato, em caso de recusa de entrega da criança, sempre se pode proceder à execução específica do contrato, e entregar a criança ao casal contratante.

¹⁴⁰ Artigo do Correio da Manhã, intitulado “*Bebés á margem da lei portuguesa*”, datado de 3 de Abril de 2011, disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/bebes-a-margem-da-lei-portuguesa>.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Idem. Esta situação manifesta-se por exemplo, no Reino Unido, em que apesar de ser favorável à maternidade de substituição, apresenta esta especificidade.

Por fim, tem ainda de se ter em conta a forma legal de determinar a maternidade da criança, uma vez que determinados países entendem que mãe é aquela que dá à luz. Vamos imaginar que o país de destino apresenta esta regulamentação, a única solução, passará por num momento posterior se acionar as regras do instituto da adoção para o casal contratante figurar como os progenitores legais da criança. Portanto, na escolha do país de destino, deverá optar-se por um país em que a determinação da sua paternidade, assente no contrato, e que deste modo conceda a mesma ao casal contratante.

Após toda esta problemática, temos ainda de ter em conta a nacionalização da criança e o seu processo de registo civil. À partida, o nascimento de uma criança num determinado país, torna-a automaticamente cidadã nacional do mesmo. No entanto, e como estamos no domínio do turismo reprodutivo, não se pretende que a criança permaneça no país onde ocorre o seu nascimento, mas sim no país de origem dos pais contratantes.

Perante tal entendimento, temos de analisar a lei nacional do país de origem, que no caso português, permite a nacionalização de criança que nasça no estrangeiro, desde que o seu pai ou mãe sejam portugueses. Para se proceder à nacionalização da criança em território português, é necessário, segundo o Instituto dos Registos e Notariado¹⁴³, que o interessado seja menor¹⁴⁴, seja descendente de pai ou mãe de nacionalidade portuguesa, que apresente determinados documentos, e emita uma declaração de atribuição da nacionalidade, que pode constar de impresso de modelo aprovado (Modelo 1C)¹⁴⁵, ou ser prestada perante funcionário em serviço competente¹⁴⁶. Em princípio, se o

¹⁴³ Disponível em http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registos-centrais/docs-da-nacionalidade/atribuicao-da7435/.

¹⁴⁴ Também é possível a nacionalização de maior, mas na maternidade de substituição, a tendência vai no sentido de trazer logo que possível a criança para o país de origem dos pais contratantes, logo, ainda menor.

¹⁴⁵ Neste caso, o processo deve ser instruído com os seguintes documentos: (i) “*impresso de modelo aprovado, devidamente preenchido e assinado, com reconhecimento presencial das assinaturas, pelos representantes legais do menor que, em princípio, são ambos os pais, podendo estes ser representados por procurador*”; (ii) “*certidão do registo de nascimento do menor, se possível, de cópia integral e emitida por fotocópia, devidamente legalizada e acompanhada de tradução, se escrita em língua estrangeira. Esta certidão deve provar que a filiação se encontra regularmente estabelecida em relação ao progenitor português...*”; (iii) “*certidão do registo de nascimento do progenitor (mãe ou pai) de nacionalidade portuguesa de cópia integral e, se possível, emitida por fotocópia. Se os pais forem casados entre si, da certidão de nascimento do progenitor português deve constar averbado o casamento ou deve ser feita prova deste*”. Disponível em http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registos-centrais/docs-da-nacionalidade/atribuicao-da7435/.

país de destino consagrar como pais legais os pais contratantes, e emitir certidão nesse sentido, a atribuição de nacionalidade portuguesa encontra-se facilitada, mas o mesmo já não acontecerá se o país de destino não emitir esta certidão, o que leva a que desde logo, seja muito difícil retirar a criança desse país, o que só será possível mediante sentença judicial¹⁴⁷ do país de destino no sentido de que os pais contratantes serão havidos como pais legais, e que portanto, podem levar consigo a criança, para o seu país de origem.

Ao nível da criminalização, como já fizemos referência num momento anterior, poderia existir uma conformidade forçada, no sentido de o Estado, aquando da chegada dos “turistas médicos” ao país de origem, serem criminalizados por condutas que licitamente tivessem realizado noutro país. O recurso à maternidade de substituição realizada em um país estrangeiro, não pode ser alvo de criminalização face às leis portuguesas, em virtude da articulação dos arts.7.º, 4.º, 5.º e 6.º do Código Penal.

Em suma, o turismo reprodutivo apresenta-se como uma alternativa viável às restrições impostas pelo Estado de origem. Este fenómeno irá evoluir gradualmente, e cada vez mais, as legislações nacionais dos países de destino irão aprimorar-se no sentido de proteção dos turistas médicos que recorrerão ao seu país.

¹⁴⁶ Nesta situação, o processo deve ser instruído com os mesmos documentos exigidos em caso de preenchimento de impresso de modelo aprovado, com exceção deste impresso preenchido. Disponível em http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registos-centrais/docs-da-nacionalidade/atribuicao-da7435/.

¹⁴⁷ Após decisão judicial no sentido de que os pais contratados são havidos como os pais legais, deverá lavrar-se assento de nascimento neste sentido, ainda no país de destino, de modo a ser válido no país de origem.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho procurámos analisar a articulação entre dois temas fundamentais e cada vez mais atuais e polémicos: o turismo médico e a maternidade de substituição. Analisámos assim cada um destes fenómenos e a sua articulação, numa sociedade cada vez mais “egoísta” em que as pessoas pretendem obter todos os seus desejos, independentemente dos meios para que tal seja possível. É neste âmbito que a maternidade de substituição além-fronteiras surge, cada vez mais, como uma preocupação por parte dos Estados cuja legislação atualmente ainda rejeita esta possibilidade.

O conflito que esta questão suscita ainda não se encontra apaziguado, sendo fundamental o contributo das doutrinas estrangeiras para o enquadramento e análise da questão. A presente tese também ela se apresenta como uma tentativa de enquadramento e análise dos dois temas fulcrais, para um melhor entendimento e aceitação quer do recurso à maternidade de substituição, quer ao seu recurso além-fronteiras

Face ao exposto, o turismo médico, assume-se como uma “indústria” em expansão, capaz de proporcionar aos seus “clientes”, uma solução, principalmente ao nível da restrição das leis nos países de origem, assim como em relação aos custos dos tratamentos médicos que ao serem permitidos no país de origem, seriam de quantias mais avultadas.

Um dos tipos de turismo médico é o turismo reprodutivo, que nos últimos anos se tem desenvolvido no sentido da sua expansão mundial. Deste modo, são cada vez mais os “turistas médicos” a recorrerem a este, de forma a obterem tratamentos médico-reprodutivos, que visam fazer face ao seu desejo intrínseco de ter filhos, e que de outra forma tal não seria possível.

Um destes casos é a maternidade de substituição, proibida em muitos países, e que desta forma, leva a que estas pessoas sejam compelidas a deslocarem-se a outros países em que tal fenómeno seja permitido.

As pessoas que optem então por este procedimento devem estar cientes dos problemas inerentes a esta sua decisão, daí que são vários os fatores que devem ser tidos em conta aquando da mesma.

Neste domínio falámos na escolha de países de destino permissíveis ao fenómeno da maternidade de substituição, e que não colocam entraves ao nível da entrega da criança aos pais contratantes, e na determinação legal da sua filiação, concedendo assim todas as autorizações legais para que a mesma possa acompanhar os seus pais na viagem de retorno ao seu país de origem.

BIBLIOGRAFIA

1. DOUTRINA

ABREU, LAURA DUTRA DE, “*A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição*”, 2008.

ANTUNES VARELA, JOÃO, “*Das Obrigações em Geral*”, Vol.I, 10.^a edição, Almedina, 2006.

ASCENÇÃO, OLIVEIRA, - “*A Lei n.º32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Volume III – Dezembro 2007.

BOOKMAN, M., et BOOKMAN, K. in “*Medical Tourism in Developing Countries*”, Palgrave.

BRAZIER, MARGARET, “*Regulating the Reproduction Business?*”, in *Medical Law Review*, 7, Summer 1999, pp.166 a 193.

CANOTILHO, GOMES J. et MOREIRA, VITAL, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Volume I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CRESKOFF, STEPHEN et HOWARD, MAISIE, “*Medical Malpractice Law “Best Practices” for Jordan*”, United States Agency for International Development, 2007.

CULLEY, L. et al, “*Crossing borders for fertility treatment: motivations, destinations and outcomes of UK fertility travelers*”, *Human Reproduction*, Vol.26, N.º9, 2011, pp.2373 a 2381.

ESER, ALBIN, “*Genética Humana: Aspectos Jurídicos e Socio – Políticos*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc.1, Jan/Março 1992, pp.45 a 72

FIELD, MARTHA A., “*Surrogate Motherhood (The Legal and Human Issues)*”, England, 1990.

FREITAS, HUGO M.T., “*Turismo Médico: A Globalização da Saúde*”, Dissertação de Mestrado em Gestão e Economia de Serviços de Saúde, Faculdade de Economia da Universidade do Porto, 2010.

GIANOTTI, H, GIANOTTI, P. et FROZÉ, V., “*Considerações sobre o turismo de saúde na América Latina – Serviços de Primeiro Mundo com Preços de Países Emergentes?*”, in *Revista Hospitalidade*, V. VII, N.º1, Julho 2010, pp.32-42.

GORJÃO-HENRIQUES, M., et FERRO, M. SOUSA, “*Directiva 2011/724/EU: Porta Aberta ao Mercado Interno da Prestação de Cuidados de Saúde*”, in *Update Momentum*, 2011, disponível em http://www.servulo.com/xms/files/publicacoes/Updates_Artigos/EC_MGH_MSFDirectiva_2011_24_UE_5_Abril_2011.pdf.

HADI, ABDULLAHEL, “*Globalization, medical tourism and health equity*”, Symposium on Implications of Medical Tourism for Canadian Health and Health Policy, Canada, 2009.

HERVEY, TAMARA K., et MCHALE, JEAN V., “*Health Law and the European Union*”, Cambridge, 2004.

IKEMOTO, LISA C., “*Reproductive tourism: Equality concerns in the global market for fertility services*”, disponível em http://prochoicealliance.org/files/Ikemoto_Reproductive_Tourism_Equality_Concerns_Book_Proof_final.pdf.

JORGE, EDUARDO SERRA et GARCIA, MARIA JOSÉ, “*Parecer Cuidados de Saúde Transfronteiriços*”, disponível em http://www.hpplagos.pt/pt/Documents/Parecer_cuidados_de_saude.pdf

LIMA, PIRES de et VARELA, ANTUNES, “*Código Civil Anotado*”, Volume I, 4.^a edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1987.

———, “*Código Civil Anotado*”, Volume V, Coimbra Editora, 1995.

MAHER, JANE MAREE et CHAVKIN, WENDY, ed.lit., “*The Globalization of Motherhood – Deconstructions and Reconstructions of Biology and Care*”, Routledge, 2010.

MIRANDA, JORGE et MEDEIROS, RUI, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo II, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2010, p.87.

- NETO, ABÍLIO, “*Código Civil Anotado*”, 15.^a edição, Ediforum, 2006.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, “*Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida*”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 49, 1989.
- , “*Mãe só há uma (duas)! (O contrato de gestação)*”, Coimbra Editora, 1992.
- , “*O sangue, os afectos e a imitação da natureza*”, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, n.º10, 2008, pp.5 a 16.
- OLIVEIRA, NUNO, Apontamentos das Aulas lecionadas no ano letivo 2007/2008, referentes à unidade curricular “Direito das Obrigações I”, no Instituto Superior Bissaya Barreto.
- PENNINGS, G., “*Cross-Border reproductive care in Belgium*”, Human Reproduction, Vol.24, N.º12, 2009, pp.3108 a 3118.
- , “*Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe*”, in Human Reproduction, Volume 19, N.º12, December 2004, pp.2689 a 2694.
- , “*Reproductive Exile versus Reproductive Tourism*” e “*Reply: Reproductive Exile versus Reproductive Tourism*”, Human Reproduction, Volume 20, N.º12, 2005, pp.3571 a 3573.
- , “*Reproductive Tourism as moral pluralism in motion*”, Journal of Medical Ethics, 28, 2002, pp.337 a 341.
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “*Um Direito da Saúde para a Europa?*”, in Debater a Europa, Periódico do CIEDA e do CIEJD, n. 2/3, Janeiro/ Dezembro, 2010, pp.25 a 37.
- PEREIRA COELHO, FRANCISCO et OLIVEIRA, GUILHERME DE, “*Curso de Direito da Família*”, Volume II, Coimbra Editora, 2006
- PINTO, PAULO MOTA, “*A Protecção da Vida Privada e a Constituição*”, Boletim da Faculdade de Direito, vol.LXXVI, Universidade de Coimbra, 2000.
- , “*O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*”, Boletim da Faculdade de Direito, vol.LXIX, Universidade de Coimbra, 1993.

———, “*O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*”, Studia Iuridica, Coimbra, 2000.

POLÓNIA, DANIEL, “*Globalização, turismo médico e saúde: Que lições da história para o caso português?*”, in Revista de Ciências e Tecnologias de Saúde da Universidade de Aveiro, N.º1, Ano 1, 2009, pp.11-13.

RAPOSO, VERA LÚCIA, “*De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*”, Coimbra Editora, 2005.

———, “*Direitos Reprodutivos*”, in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 2, n.º3, Coimbra Editora, 2005, pp.111 a 131.

———, “*Em nome do Pai (...Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) – Análise do art.6.º da Lei n.º32/2006*”, in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º7, Coimbra Editora, 2007, pp.37 a 51.

RAPOSO, VERA LÚCIA et DIAS PEREIRA, ANDRÉ, “*Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º32/2006, de 26 de Julho)*”, in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 3, n.º6, Coimbra Editora, 2006, pp.89 a 104.

RODRIGUES, DENISE, “*Maternidade de Substituição: Aspectos Éticos e Jurídicos*”, disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayan_e_mathias_rodrigues.

SHENFIELD, F., et al., “*Cross-Border reproductive care in six European countries*”, Human Reproduction, Vol.25, N.º6, 2010, pp.1361 a 1368.

SILVA, PAULA MARTINHO et COSTA, MARTA, “*A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*”, Coleção PLMJ, n.º3, Coimbra Editora, 2011.

STORROW, R.F., “*The pluralism problem in cross-border reproductive care*”, Human Reproduction, Vol.25, N.º12, 2010, pp.2939 a 2943.

VALE E REIS, RAFAEL, “*Caducidade das Acções de Investigação de Maternidade e Paternidade, Problemas Constitucionais*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.

———, “*Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida: a criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas*”, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, N.º13, 2010, pp.69 a 93.

World Health Organization, WorldMun, "Topic Area B: Medical Tourism", Março 14 - Março 18, Taipei, 2010, pp.14-24.

2. OUTROS DOCUMENTOS

▪ *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março* (in *Diário da República*, n.º64, Série II, pp.12452 e ss.)

▪ *Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem*

(in http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/tribunal-europeu-dos_1/)

▪ *Convenção sobre os Direitos da Criança* (disponível em <http://www.dre.pt/sug/1s/diplomas-lista.asp>)

▪ *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (in *Diário da República*, I Série, n.º57, 9 de Março de 1978, pp.489 e ss)

▪ *Decreto n.º415/VII* – in *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º80/VII/4, em 16 de Julho de 1999, pp.2296 a 2300.

▪ *Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho* (relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços) – in *Jornal Oficial da União Europeia*, L 88, de 9 de Março de 2011, pp.45 a 65.

▪ *Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo* - Lei n.º147/99, de 1 de Setembro (in *Diário da República*, Série I-A, n.º204, de 1 de Setembro de 1999)

▪ *Lei Reguladora da Utilização das Técnicas de Procriação Medicamente Assistida* – Lei n.º32/2006 de 26 de Julho.

▪ *Projetos de Lei:*

- n.º 90/IX (Partido Socialista) – *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º18/IX/1, em 4 de Julho de 2002.

- n.º 371/IX (Bloco de Esquerda) - *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º12/IX/2, em 5 de Novembro de 2003.

- n.º 141-X (Bloco de Esquerda) – *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º34/X/1 em 20 de Julho de 2005.

- n.ºs 151-X (Partido Socialista) – *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º47/X/1 em 7 de Setembro de 2005.

- n.º 172-X (Partido Comunista Português) - *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º55/X/1 em 13 de Outubro de 2005.

- n.º 176-X (Partido Social Democrata) - *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 59/X/1 em 22 de Outubro de 2005.

- n.º 122-XII (Bloco de Esquerda) - *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 87/XII/1 em 24 de Dezembro de 2011.

- n.º 131-XII (Partido Socialista) - *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 95/XII/1 em 11 de Janeiro de 2012.

- n.º 137-XII (Juventude Socialista) - *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 95/XII/1 em 11 de Janeiro de 2012.

- n.º 138-XII (Partido Social Democrata) - *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 100/XII/1 em 18 de Janeiro de 2012.

▪ *Proposta de Lei n.º135/VII (Partido Socialista)* – *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º69/VII/2, em 1 de Agosto de 1997, pp.1324 a 1329.

▪ *Relatórios e Pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida:*

- n.º 3/CNEV/93 (sobre procriação medicamente assistida) - *in* Documentação, CNECV, Vol.I, (1991-1993), pp.75 a 103.

- n.º 15/CNEV/95 (sobre experimentação do embrião) – in <http://www.cnecv.pt>
- n.º 21/CNECV/97 (sobre clonagem) – in <http://www.cnecv.pt>
- n.º 22/CNECV/97 (sobre dispositivos médicos para diagnóstico *in vitro*) - in <http://www.cnecv.pt>
- n.º 23/CNECV/97 (sobre procriação medicamente assistida) – in <http://www.cnecv.pt>
- n.º 31/CNECV/97 (sobre genoma humano) – in <http://www.cnecv.pt>

3. NETGRAFIA

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - <http://www.cnecv.pt>

Diário da República - <http://www.dre.pt>

Infopedia - <http://www.infopedia.pt>

Jornal de Notícias – www.jn.pt

Jornal Expresso – <http://aeiou.expresso.pt/>

Ordem dos Advogados – www.oa.pt

<http://www.reproductive-tourism.com>

<http://www.acomuna.net/index.php/contra-corrente/3478-maternidade-voluntaria>

<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3702>

<http://clinicadecirurgioplastica.com/cirurgias-plasticas/>

<http://quiosque.aeiou.pt/gen.pl?p=stories&op=view&fokey=ae.stories/9641>

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/05/110515_zurique_referendo_suicidio_rw.shtml

<http://www.europeanmedicaltourist.com/>

<http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/>

www.kaylegalsurrogacy.com/more-countries.html#eulist

<http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/bebes-a-margem-da-lei-portuguesa>

[http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registos-centrais/docs-da-nacionalidade/atribuicao-da7435/.](http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registos-centrais/docs-da-nacionalidade/atribuicao-da7435/)