



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

Maternidade de Substituição: Solução e/ou Problema?

Para uma abordagem no âmbito do Direito da Família.

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade em Ciências Jurídicas.

Autora: Omaidá Patrícia da Cruz Van-Dúnem

Orientador: Professor Doutor Diogo José Paredes Leite de Campos

Número do candidato: 20120494

Setembro de 2018

Lisboa

Índice

Dedicatória.....	4
Agradecimentos	5
Epígrafes.....	6
Resumo	7
Abstract.....	8
Siglas e Acrónimos.....	10
Introdução.....	11
CAPÍTULO 1: DA PROcriação Medicamente Assistida À Maternidade de Substituição.....	18
1.1. A regulamentação jurídica da procriação medicamente assistida (PMA)	18
1.1.1. Antecedentes e aspetos gerais da Lei n.º 32/06, de 26 de julho.....	18
1.2. Modalidades das técnicas de PMA e os Processos de PMA homólogos e heterólogos.....	23
1.3. As questões suscitadas pela PMA.....	27
CAPÍTULO 2: A Maternidade de Substituição	36
2.1. Em torno da sua denominação: conceito e terminologia adotada.....	36
2.2. As modalidades de maternidade de substituição	38
2.3. Evolução do seu enquadramento jurídico: da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho às leis n.º 17/2016, de 20 de junho e lei n.º 25/2016, de 22 de agosto	41
CAPÍTULO 3: O CONTRATO DA Maternidade de Substituição NO Ordenamento Jurídico Português	52
3.1. A natureza dos contratos de gestação.....	52
3.2. Os beneficiários – Quem é necessário proteger?	63

3.3. Em torno da admissibilidade dos contratos a título oneroso e gratuito: a criminalização da maternidade de substituição a título oneroso e a sua permissividade a título gratuito	67
3.4. As questões do consentimento e do arrependimento no contrato de gestação...	74

CAPÍTULO 4: DO ESTABELECIMENTO DA MATERNIDADE À DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO

4.1. A questão da parentalidade: estabelecimento da maternidade e da paternidade	81
4.1.1. O estabelecimento da filiação no Código Civil português	81
4.2. A filiação e a Procriação Medicamente Assistida em face da maternidade de substituição	84
4.2.1. A problemática do estabelecimento da maternidade e o colapso do axioma Mater Sempre Certa Est: um novo paradigma de mãe? Um novo paradigma fenomenológico da constituição da família?.....	90

CAPÍTULO 5 (BREVE EXCURSO): A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PONTO DE VISTA DO DIREITO COMPARADO

5.1. A regulação jurídica em alguns países estrangeiros	95
---	----

CAPÍTULO 6: A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

6.1. Os contributos da Bioética para o Direito.....	114
6.1.1. A maternidade de substituição à luz da ética deontológica de I. Kant: a dignidade humana como fronteira	121
6.2. O direito ao conhecimento pleno da identidade deve prevalecer sobre o direito a constituir família?	126
6.3. O respeito pela dignidade da gestante e do superior interesse do nascituro e da criança.....	131

CAPÍTULO 7: ARGUMENTALIA- REVISÃO CRÍTICA DA ARGUMENTAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À LEI DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E DOS SEUS EFEITOS NA INSTITUIÇÃO FAMILIAR	136
7.1. Nota prévia.....	136
7.2. Análise do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio de 2018.....	136
CONCLUSÕES.....	152
BIBLIOGRAFIA	158

Dedicatória

Dedico esta minha dissertação aos meus filhos e aos meus pais.

Agradecimentos

- Aos meus pais e irmãos por todo o apoio, motivação e ajuda na consecução deste labor de investigação.
- Ao meu núcleo de amigas e amigos que sempre me votaram um apoio incondicional.
- Ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, pelo contributo fundamental na minha trajetória académica e pelo modo como me concedeu a possibilidade de realização desta dissertação para a atribuição do grau de Mestre.
- Aos Professores Doutores Pedro Trovão do Rosário, Doutor José Farinha Fernandes Tavares, Doutor Jorge Bacelar Gouveia e a Doutora Elionora Cardoso, Doutora Stela Barbas, que me marcaram, de forma indelével, ao longo do meu percurso na licenciatura em Direito e nas pós-graduações em Direito e Prática Notarial e em Direito Administrativo e Administração Pública.
- Ao Professor Luís Pereira, pela amizade, pelo apoio permanente na prossecução desta investigação.
- Ao meu Orientador, Professor Doutor Diogo Leite de Campos, que me propiciou uma grande alegria, ao aceitar orientar este meu trabalho científico. Mas lhe agradeço a distintíssima orientação, pautada pela dedicação e pelo envolvimento ao longo de todo o trabalho, pelos doutos ensinamentos e constante estímulo, sem os quais a conclusão deste trabalho não teria sido possível.

Epígrafes

“[...]”
E as calmas mães intrínsecas sentam-se
Nas cabeças filiais.
Sentam-se, e estão ali num silêncio demorado e apressado,
Vendo tudo,
E queimando as imagens, alimentando as imagens
Enquanto o amor é cada vez mais forte.
E bate-lhes nas caras, o amor leve.
O amor feroz.
E as mães são cada vez mais belas.
Pesam os filhos que elas levitam.
[...]
No contínuo
Escorrer dos filhos.
As mães são as mais altas coisas
Que os filhos criam, porque se colocam
Na combustão dos filhos,
[...]
E os filhos mergulham em escafandros no interior de muitas águas,
[...]
E através da mãe, o filho pensa
Que nenhuma morte é possível e as águas
Estão ligadas entre si
Por meio da mão dele que toca a cara louca
Da mãe que toca a mão pressentida do filho.
E por dentro do amor, até somente ser possível
Amar tudo,
E ser possível tudo ser reencontrado por dentro do amor.”

Herberto Hélder, in **Poesia Toda**

“Não será exagero dizer que o progresso científico e técnico no campo da procriação humana corre o risco de traduzir a revolução mais profunda que o Direito até hoje sofreu.”

Paulo Otero, in **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**

Resumo

Neste estudo procuro analisar a temática da Maternidade de Substituição, no sentido de averiguar se esta configura uma solução ou antes um problema. A minha abordagem será feita no âmbito do Direito da Família, pretendo demonstrar que o tema desta investigação surge no horizonte problemático de uma degenerescência do progresso técnico-científico, o que me leva a convocar os contributos da bioética e do biodireito. A maternidade de substituição gera dificuldades não só do ponto de vista jurídico como também do ponto de vista ético, desde logo em virtude da consequência imediata de uma rutura, profundamente controversa, entre a maternidade e a gravidez e inclusive entre a maternidade genética e uterina e ainda uma importante mudança respeitante aos critérios de filiação vigentes na ordem jurídica portuguesa. Adotarei os princípios essenciais da ética deontológica de Kant para contestar a violação da dignidade da gestante e da criança enquanto fins em si mesmos e que não podem degradar-se na condição de simples meios com valor de troca. Assim, criticarei a excessiva valorização da subjetividade no contexto da crescente institucionalização do progresso científico e técnico. Defenderei que é preciso combater o desvirtuamento da ética, o qual pode conduzir à tentativa de construir um modelo de direitos fundamentais contra a vida, contra a dignidade do ser humano e contra a família. Sublinho que o móbil determinante da minha escolha deste tema foi, desde logo, a constatação das diversas lacunas da Lei da procriação medicamente assistida de 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho e 25/2016, de 22 de agosto. Por essa razão, quando comecei a investigar sobre este tema ainda não dispunha nem do conhecimento de que essa mesma Lei viria a merecer um requerimento da declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral de vários preceitos dessa Lei e muito menos tinha conhecimento da decisão do TC sobre esse mesmo requerimento, e presente no acórdão n.º 225/2018, o qual, no entanto, não deixei de enfatizar na parte final deste estudo. Defendo que a maternidade de substituição impõe uma redução da mulher gestante a simples incubadora, não atendendo a Lei que regula esta matéria à relevância dos laços afetivos e psicológicos que se estabelecem entre o feto e a mulher grávida. Daí que proceda a uma censura da Lei da gestação de substituição designadamente por desvalorizar o período da gravidez, acarretando uma violação da dignidade da mãe de substituição e, ao mesmo tempo, da dignidade da criança que nasce na sequência do recurso a esta modalidade reprodutiva, dado que o superior interesse da criança não fica suficientemente acautelado. Mãe de substituição e criança surgem como as partes mais vulneráveis, o que deveria ter merecido da parte do legislador uma maior ponderação e precaução. Igualmente defendo como inaceitável a renúncia da gestante aos poderes e deveres próprios da maternidade, ainda que seja, na Lei, esse um pressuposto essencial da validade e eficácia do consentimento das partes e, sobretudo, do consentimento da gestante. Porém, o que defendo é que esse consentimento possa ser revogado pela mãe de substituição, não só no início do processo terapêutico de procriação medicamente assistida, como também ao longo de todo o processo, a fim de garantir a plena afirmação da personalidade da gestante e a sua não degradação em meio ao serviço da vontade dos beneficiários; razão pela qual defendo o direito ao arrependimento da mãe gestante. Também pretendo demonstrar que as crianças nascidas através da gestação de substituição deveriam ter visto garantido o seu direito ao conhecimento da sua historicidade pessoal, pelo que julgo destituído sentido o sigilo imposto sobre a mãe de substituição: as crianças têm direito a conhecer a sua história biológica e quem foi a sua gestante, o que acomoda o dever de proteção da infância. Mais defendo que a maternidade de substituição implica uma inaceitável fragmentação do sentido de filiação e de

maternidade. Em suma, respondo à questão do subtítulo deste estudo da seguinte forma: a maternidade de substituição configura mais um problema do que uma solução.

Palavras-chaves: Maternidade/Gestação de substituição, filiação, bioética, Procriação Medicamente Assistida, consentimento, sigilo.

Abstract

In this study I am looking forward to analyzing the thematic of Surrogate Mothers, with the purpose of finding out whether this subject brings us good solutions or bad problems. My approach will be based on the scope of the Family Rights, though it does address issues associated with the most relevant constitutional principles. I intend to demonstrate that the subject of this research occurs in the problematic horizon of a degeneration of a technical and scientific progress, which will lead me to call up on the bioethics and biolaw contributions. The surrogate mothers create difficulties not only from the legal point of view, but so from the ethical point of view, because of the immediate consequence of a deeply controversial break between the maternity and pregnancy, including the genetic and uterine maternity and a big change regarding the criteria of affiliation in the Portuguese Legal Order. I'll be using the Kant's principles of deontological ethic to impugn the pregnant and child's violation of dignity, for purposes of themselves in which they cannot be degraded for exchangeable means. Thus, I'll criticize the excessive valuation of subjectivity on the increasing institutionalization regarding the scientific and technical progress. I strongly agree that we need to fight against the ethical distortion, in which it can lead to an attempt to build a model of fundamental rights against life, human's dignity and family. The main factor that made me choose this specific topic was the various gaps in the Law of Medically Assisted Procreation on 32/2006 of 26th of July, on the composition given by Laws n.º 17/2016 of 20th of June and 25/2016 of 22nd of August. For this reason, when I first started investigating deeply about this specific topic I had no knowledge that this specific Law would need an application of unconstitutionality's declaration with the general obligation of several precepts of this Law and also had no idea about the decision of the Constitutional Court in regard to this application on the judgment of the Constitutional Court n.º 225/2018, in which I did mention about it at the end of this research. I agree that the Surrogate Mothers imposes a reduction of the pregnant woman to a simple incubator, not considering the Law that regulates this subject to the relevance of the affective bonds and psychological that is established in between the fetus and the pregnant woman. Hence proceed the critics about the Law of the Surrogate Mothers namely the devalue of the pregnancy period, carrying a violation of surrogate mother's dignity and at the same time the child's dignity that is born within this sequence of this reproductive modality, given that the best interest of the child is not sufficiently cautioned. Surrogate Mothers and child are the most vulnerable parts, which should have earned, from the legislator part, a bigger reflection and caution. Likewise, I strongly reject the renounce for the pregnant about their own maternity powers and duties, even if within the Law, this essential assumption the validity and effectiveness of the consent of both sides, mostly the pregnant consent. However, I strongly support that this consent should be abolished for the surrogate mothers, not only at the beginning of the therapeutic process of the medically assisted procreation, but as well as during the whole process until the end; to ensure the full affirmation of the pregnant woman's personality and their own non-degradation within

the service of the beneficiaries' will. I also would like to show that the children born through surrogate mothers should have the right to get to know about their true personal story, because the Law requires that the biological mother keeps it in secrecy with their child; on the other hand I think that the children must have the right to know their biological story and who was their mother (pregnant woman), which this would accommodate more the child's protection. I further agree that the surrogate mothers imply an unacceptable separation regarding the filiation and maternity. To conclude, I answer the question for this topic: surrogate mother causes huge problems more than solutions.

Keywords: Maternity/Surrogate Mothers, filiation, bioethics, medically assisted procreation, consent, secrecy.

Siglas e Acrónimos

AAVV. - Vários Autores
Ac. – Acórdão
al.- alínea
APB – Associação Portuguesa de Bioética
Apud. – Em
AR – Assembleia da República
BE- Bloco de Esquerda
CC- Código Civil
CDFUE- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CDS-PP – Partido Popular
CEDH- Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem
Cf.- Confrontar/Conferir
CP- Código Penal
CRP- Constituição da República Portuguesa
CNECV- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPMA- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
DUDH- Declaração Universal dos Direitos do Homem
DUGH- Declaração Universal sobre o Genoma Humano
Ed.- Edição
Et. Al.- E outros
Etc.- Etcetera
EUA- Estados Unidos da América
FIV- Fertilização In Vitro
Ibidem- Mesmo autor e mesma obra
Idem- Mesmo autor
In- Em
LPMA- Lei da Procriação Medicamente Assistida
N.º- Número
Op. Cit.- Obra Citada
Org.- organização
P.- Página
PMA- Procriação Medicamente Assistida
PP.- Páginas
Port.- Portuguesa
PS- Partido Socialista
PSD- Partido Social Democrata
Rev.- Revista
S.D.- Sem Data
ss.- Seguintes
T.- Tomo
TC- Tribunal Constitucional
Trad.- Tradução
UE- União Europeia
Vol.- Volume

Introdução

O tema em torno do qual gravitará este estudo é o da Maternidade de Substituição, sob o título **Maternidade de Substituição: solução e/ou problema? Para uma abordagem no âmbito do Direito da Família**.

Trata-se de uma matéria dotada de extrema importância à luz dos princípios basilares do Direito da Família, designadamente a determinação da filiação na maternidade de substituição ou ainda o estabelecimento da maternidade. Além disso, configura uma matéria que é, do meu ponto de vista, transversal, na medida em que convoca diversas áreas do saber para além do direito e, ademais, é uma problemática que vem suscitando, desde há muito, uma intensa controvérsia no plano doutrinal, pelo que pretendo ponderar os argumentos a favor e contra, apreciando-os criticamente de forma a consolidar uma posição pessoal a adotar sobre a matéria em apreço. Quanto à posição que viso adotar é frontalmente contra a legislação que abriu flanco à denominada Gestação de Substituição.

Este estudo incide, essencialmente, o âmbito do Direito da Família, que é, por excelência, um domínio paradigmático das mudanças sociais. Não obstante, abordarei ao longo deste labor de investigação questões adstritas aos princípios constitucionais, como por exemplo a reflexão sobre o art.º 36º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa a propósito da possibilidade da inclusão das Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida (e, extensivamente, da Maternidade de Substituição) o âmbito do direito à constituição de família ou ainda a atenção que votarei nomeadamente ao art.º 67º n.º 2 alínea e) da Constituição no qual encontra respaldo constitucional a matéria atinente à Procriação Medicamente Assistida. A análise do tema em causa será configurada, sobremaneira, tendo como horizonte problemático a degenerescência do progresso técnico-científico, o que me permitirá refletir sobre a biomedicina e a genética no quadro da bioética e do biodireito, na génese da discussão em torno de novos direitos fundamentais ou pretensos direitos fundamentais como seja a questão de saber se o direito de constituir família implica o direito de recurso à Maternidade de Substituição. Assim sendo e no contexto desta delimitação da abordagem deste tema no quadro do Direito da Família não deixarei de refletir tanto sobre os aspetos jurídicos da Maternidade de Substituição na ordem jurídica portuguesa como ainda sobre as questões éticas subjacentes àquela, como por exemplo, o problema da nova filiação, ou seja, o novo

paradigma da filiação e os aspetos fulcrais que fazem com que, na minha perspetiva, a Maternidade de Substituição abale a noção tradicional de família e inclusive o princípio do superior interesse da criança ou ainda a rotura com o princípio da certeza da maternidade. Com efeito, as denominadas mães de substituição põem em causa conceitos fundamentais da sociedade portuguesa, tais como a definição da maternidade, o papel da mulher e a sua condição de mãe, aspetos que envolvem a questão de saber se a sua dignidade fica ameaçada, o que implicará ter em conta a controvérsia doutrinal acerca dos direitos sobre o próprio corpo e a sua disponibilidade, mas também sobre o próprio estatuto da família e do feixe de relações geradas no seu interior, ou ainda o problema de saber se deve o Estado pautar-se, no que a esta matéria diz respeito, por uma intervenção mínima, quando, afinal, o Direito da Família é, eminentemente, do domínio público. Assim, defenderei que a Maternidade de Substituição colide com a comunidade familiar, no sentido em que “é a família que humaniza o ser humano fazendo a ponte para o ser com os outros, através da demonstração do amor – ser com e para com os outros.”¹.

Por outro lado, a Maternidade de Substituição contribui, do meu ponto de vista, para adensar o que Fernando José Bronze qualifica como uma *encruzilhada existencial*, até porque a opção pela Maternidade de Substituição conduz a uma renúncia à liberdade que humaniza o ser humano e a uma coisificação facultada pelos *engenheiros de reprodução que tudo se autorizam*².

A formulação das questões reguladoras a analisar no decurso de uma investigação científica passa por fazer perguntas para as quais se visa encontrar respostas ajustadas. Na verdade, a formulação de perguntas sobre o tema instiga à sua problematização. Eis, pois, algumas das questões às quais pretendo responder ao longo deste estudo:

- Qual a tipologia e o conceito de Maternidade de Substituição?

¹ CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martinez de (2017) - **Lições de Direito da Família**. Coimbra: Almedina, p. 13. Julgo que a Maternidade de Substituição se inscreve “[...] no devir individualístico da sociedade e do direito, vem-se esquecendo a família como comunidade de vida (de amor) para considerar só cada um dos seus membros e prejudicar a todos os níveis, mesmo economicamente a família.”; *ibidem*, p. 14.

² BRONZE, Fernando José (1994) – **A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença. Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 197. São esses que “[...] desvirtuam, aparentemente com um alibi incontestável, ou materialmente vazio e axiologicamente indiferente mandamento positivista do *Amor por princípio*; o *Diktat* que recebem do «Grande Ser» obriga-os apenas a ajudar eficazmente os casais estéreis, independentemente dos meios de que lancem mão e dos resultados a que cheguem. Mas, com isto, passam de todo ao lado da interrogação dos limites éticos do seu agir.”; *ibidem*.

- Deverá a maternidade de substituição ser integrada nas práticas da Procriação Medicamente Assistida?
- Como enquadrar a Maternidade de Substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade?
- Como é que na regulamentação da Maternidade de Substituição estará suficientemente garantida a realização do superior interesse do nascituro e da criança?
- Como enquadrar juridicamente a relação de filiação da criança em caso de incumprimento das condições do contrato de gestação?
- Não deverá o direito ao conhecimento pleno da identidade das origens genéticas prevalecer sobre o direito de constituir família?
- O contrato de gestação traduz ou não um corte inaceitável com o vínculo biológico e afetivo gerado no decurso do desenvolvimento intra-uterino da criança?
- De que forma fica ou não salvaguardado o direito ao arrependimento da gestante aquando do parto?
- Com a Lei da gestação de substituição fica assegurado o respeito pela dignidade da gestante ou estamos perante uma despersonalização da grávida?
- Quais os problemas éticos que a Maternidade de Substituição suscita e qual o contributo da bioética e do biodireito?
- Será o instituto da Maternidade de Substituição um retrocesso no processo de dignificação da mulher, um atentado à dignidade humana da mãe e da criança?

Quanto aos objetivos gerais que presidem a este estudo e os quais pretendo investigar, são os seguintes:

- Procurar a melhor interpretação jurídica dos princípios subjacentes ao enquadramento do tema e dos núcleos problemáticos que convoca;
- Contribuir para a aclaração doutrinária sobre a matéria em causa com vista à sua sistematização e ainda à análise crítica dos argumentos a favor e contra a maternidade de substituição no âmbito do Direito da Família.

Já quanto aos objetivos específicos, permito-me elencar alguns dos mais centrais para o desenvolvimento desta temática:

- Definir em concreto a figura da Maternidade de Substituição;

- Explicitar o enquadramento jurídico da Maternidade de Substituição e a sua evolução legislativa e jurisprudencial;
- Adotar uma posição crítica sobre os argumentos controvertidos na doutrina;
- Enquadrar esta problemática à luz da dignidade da pessoa humana e do substrato dos direitos humanos, de acordo com uma perspetiva bioética e no quadro do biodireito;
- Contribuir para a resposta à questão: o superior interesse da criança estará devidamente acautelado?;
- Apreciação crítica do regime jurídico do contrato de gestação de substituição e dos principais problemas adjacentes ao mesmo, designadamente o arrependimento nesse contrato do ponto de vista da Lei e do ponto de vista constitucional.

No que concerne à motivação que me conduziu a esta pesquisa, saliento que ao longo do meu percurso académico, sempre dei especial atenção ao Direito como realidade social, isto é, de uma ordem jurídica que constitui uma parte integrante e complementar da ordem social global, participando, portanto, desta e sendo co-constitutiva dela. Além disso, considero muitíssimo pertinente a elaboração de um estudo sobre esta temática da Maternidade de Substituição em sede do Direito da Família, porquanto não é isenta de múltiplos dilemas e controvérsias, não apenas do ponto de vista jurídico, mas também no plano axiológico.

Por outro lado, sendo a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, ainda muito recente, ela não deixa de encerrar uma série de problemas de natureza jurídica – e também ética – resultante da aprovação da Gestação de Substituição, como sejam: o estabelecimento da filiação; o contrato de gestação; a Maternidade de Substituição no âmbito da PMA; a relação do direito com a bioética e as questões decorrentes da possível nova filiação ao nível das relações parentais de maneira a percebermos se estamos ante um novo paradigma da filiação ou ainda, da perspetiva dos direitos fundamentais de personalidade, se estaremos face a um novo direito humano. Ora, argumentar sobre valores contrapostos e refletir sobre a sua conformação jurídica permite topografar este estudo num registo eminentemente crítico, até porque existem razões de natureza epistemológica para repensar a revolução biotecnológica e os céleres avanços da ciência cujo reverso é o conjunto de perigos inerentes à aceitação de todas as suas virtualidades ou pretensas conquistas. O interesse desta problemática exige que não deixe de recorrer a outros

domínios do saber, tais como a bioética, a medicina, a sociologia ou a filosofia. Outro dos desafios que me motivam na elaboração deste trabalho de investigação consiste na ponderação de princípios e de valores, procurando dar o meu humílimo contributo para a defesa do princípio da dignidade humana na solução de dilemas bioéticos tal como aquele que instaura o Contrato de Gestação de Substituição.

Quanto à metodologia, trata-se de um elemento crucial em qualquer investigação científica, visto que implica a apresentação dos procedimentos para a análise dos dados, ou seja, a utilização dos métodos de abordagem. Tendo em conta a temática que me proponho abordar as técnicas escolhidas para a recolha de dados são, preferencialmente a pesquisa documental, a pesquisa bibliográfica e análise de conteúdo e o seu tratamento. Não deixarei de enfatizar os contributos da doutrina bem como da jurisprudência quer de tribunais portugueses, quer de tribunais europeus. No que respeita à abordagem, utilizarei o método hipotético-dedutivo, porquanto é aquele que se afigura como mais ajustado, uma vez que, partindo da formulação e do enquadramento genérico do problema em causa e das suas ramificações, passarei ao aventamento de hipóteses ou conjecturas que servirão de linhas norteadoras para um melhor esclarecimento da problemática formulada, sendo tais hipóteses aquelas que se coadunam com a questão de partida por mim selecionada logo no título deste estudo e que, necessariamente, requer a sua avaliação. É, por conseguinte, uma trajetória reflexiva e argumentativa aquela que seguirei, partindo do geral para chegar ao particular, isto é, uma transição do abstrato para o concreto. Além disso, utilizarei o método dialético, a partir de entendimentos e orientações a favor e contra a matéria em causa, no sentido de destacar as antíteses de maneira a chegar a uma síntese, a qual expressará a posição que defendo. No que concerne ao procedimento recorrei ao método histórico, de maneira a proceder a um bosquejo dos afloramentos diacrónicos acerca da legislação da PMA e da Maternidade de Substituição, dando conta da sua evolução legislativa no ordenamento jurídico português. Recorrei ainda, embora de forma pontual, ao método comparativo, na tentativa de apresentar o modo como a Maternidade de Substituição é enquadrada noutros ordenamentos jurídicos e inclusive as suas implicações ao nível do direito internacional privado quanto ao reconhecimento internacional dessa mesma Maternidade de Substituição bem como aos modos de estabelecimento da filiação. No que respeita às técnicas de investigação utilizarei, em especial, a documentação indireta por via de uma pesquisa documental e bibliográfica: recurso a uma pesquisa analítica, que tem como fontes primárias: a legislação, estudos

monográficos, artigos de âmbito jurídico bem como de outras áreas do saber e a jurisprudência, a que se junta um contributo pessoal para o estudo das várias temáticas em causa.

A arquitetura deste estudo está estruturada em sete capítulos: o capítulo 1 está dividido em quatro itens, com vista a dar conta da evolução da regulamentação jurídica da Procriação Medicamente Assistida, sem deixar de mencionar os antecedentes e os aspetos genéricos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Assim, num primeiro momento, procedo à clarificação da regulamentação jurídica da PMA e, no segundo tópico, apresento os antecedentes e os elementos mais relevantes da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, enquanto no segundo item clarifico as modalidades das técnicas de PMA e os processos de PMA homólogos e heterólogos, estabelecendo a diferença entre ambos. Por último, como anel de fecho deste capítulo inaugural, enumero as principais questões suscitadas pela PMA. No capítulo 2 procuro esclarecer o que se entende por Maternidade de Substituição, ocupando-me no primeiro item das questões conceptuais e da terminologia adotada neste estudo, ao passo que no tópico subsequente analisarei as modalidades possíveis de Maternidade de Substituição, deixando para o tópico terceiro a clarificação da evolução do seu enquadramento jurídico, desde à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho até às leis n.º 17/2016, de 20 de junho e a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. No capítulo 3 incidirei sobre a problemática do contrato da Maternidade de Substituição na ordem jurídica portuguesa, procurando analisar, sucessivamente, a natureza de tais contratos de gestação, os beneficiários de tais contratos e aqui refletindo sobre quem é necessário proteger e ainda abordarei a questão atinente à admissibilidade dos contratos a título oneroso e gratuito, finalizando este capítulo com a análise das questões relativas ao consentimento e ao arrependimento no contrato de gestação de substituição. Por sua vez, no capítulo 4 procurarei refletir sobre o regime do estabelecimento da maternidade e a determinação da filiação de modo a aclarar as mudanças introduzidas pela Gestação de Substituição, designadamente em relação ao modo como o estabelecimento da filiação está estipulado no Código Civil Português. Assim, atenderei à questão da filiação no contexto da PMA e em face da Maternidade de Substituição e finalizarei este capítulo com uma reflexão acerca da problemática do estabelecimento da Maternidade e sobre o colapso do axioma *Mater sempre certa est*. Serve esta reflexão para poder dar uma resposta a duas questões centrais, a saber: estaremos perante um novo paradigma de mãe? Afigura-se um novo paradigma fenomenológico da constituição da família? No capítulo

5, ainda que de modo necessariamente sucinto, procurarei enquadrar a Maternidade de Substituição do ponto de vista do Direito Comparado, ou seja, o modo como está estabelecida a regulação jurídica desta matéria em alguns países estrangeiros. Serve ainda este capítulo para mostrar que a Maternidade de Substituição tem sido objeto de um vasto debate interno em diversos Estados. Além disso, deparamo-nos com diferentes soluções legislativas, na medida em que certos ordenamentos jurídicos permitem e regulam a prática da Gestação de Substituição, a título oneroso e/ou gratuito, enquanto noutras ordens jurídicas ocorre um reconhecimento inicial da gestante como mãe, obrigando, depois, a um processo judicial com a finalidade de atribuição da maternidade e paternidade aos membros do casal beneficiário, havendo ainda um grupo de países que proíbe e pune a sua prática, como acontece nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, como nos casos da Alemanha, da Áustria, da Espanha, de França ou da Itália, embora, no contexto da União Europeia existam outros Estados-membros que proíbem de forma expressa a Gestação de Substituição, casos da Bulgária e de Malta. No capítulo 6, o qual considero como nuclear deste estudo, procurarei abordar a problemática da Maternidade de Substituição à luz da bioética e do biodireito, começando por enfatizar os contributos da bioética para o direito e fazendo ainda um excuro para dar conta da ética deontológica de I. Kant, de modo a sublinhar a dignidade humana enquanto fronteira. Ainda neste mesmo capítulo procurarei dar resposta à questão de saber se o direito ao conhecimento pleno da identidade deve ou não prevalecer sobre o direito a constituir família. O último ponto deste capítulo será sobre o respeito devido pela dignidade da gestante e ainda do superior interesse do nascituro e da criança. No capítulo 7, o qual posso qualificar como adicional, na medida em que a decisão do Tribunal Constitucional sobre o pedido de fiscalização sucessiva da lei da Gestação de Substituição só foi conhecida quando estava prestes a terminar esta minha dissertação, é meu objetivo analisar em detalhe o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio de 2018, um acórdão que, no essencial, veio confirmar a maior parte dos argumentos que tinha vindo a defender ao longo de todo este estudo.

CAPÍTULO 1: DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA À MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

1.1. A regulamentação jurídica da procriação medicamente assistida (PMA)

1.1.1. Antecedentes e aspetos gerais da Lei n.º 32/06, de 26 de julho

Foram vários os projetos legislativos acerca da PMA e uma Proposta de lei atinente a esta matéria foi publicada no Diário da Assembleia da República, IIª série A, n.º 69, de 1 de agosto de 1997. No entanto, essa Proposta de lei foi antecedida de uma evolução nas opções do legislador ao longo de 10 anos. Através do despacho n.º 37/86 de 14 de abril foi criada a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias. Esta Comissão entregou, em 28 de julho de 1987, um relatório com a explicação dos resultados da sua atividade e, além disso, três projetos legislativos: um sobre a utilização de técnicas de reprodução assistida, outro acerca do funcionamento dos Centros de Procriação Assistida e ainda outro sobre a institucionalização de um Conselho Nacional de Bioética (o qual foi criado posteriormente através da Lei n.º 14/90 de 9 de junho). Contudo, este anteprojeto sobre a PMA não chegou a ser aprovado e só no XII Governo Constitucional foi criado um grupo de trabalho para o estudo da medicina familiar, fertilidade e reprodução humana, que apresentou o seu relatório em setembro de 1993, embora neste não esteja presente um anteprojeto de lei sobre a procriação assistida. Ainda assim, no anexo X, surge um conjunto de matérias que esse grupo considerou controversa, nomeadamente a reprodução com dadores e ainda a problemática sobre os embriões excedentários. Esse mesmo relatório integrou Pareceres de responsáveis de centros de PMA. Foi durante a vigência do XIII Governo Constitucional que foi, por fim, elaborada e aprovada uma Proposta de lei e não obstante as semelhanças existentes entre todos os projetos, sobretudo nos dois últimos, temos o confronto dos vários projetos devido a diferenças substantivas quanto às opções tomadas. Os projetos pretenderam regular a PMA e regulamentar os métodos mais utilizados, sendo que a última proposta previa que, além das técnicas mencionadas nos projetos anteriores, uma nova técnica (a injeção intracitoplasmática de espermatozoides). O art.º 2º da Proposta de lei tomou posição na controvérsia sobre a questão de saber se a PMA constituía ou não um método alternativo de procriação. O que resulta da leitura dos projetos é que o acesso a tais técnicas só pode ser realizado no âmbito clínico da esterilidade e, desse modo, como ato médico de combate ou de ultrapassagem dos efeitos da esterilidade. Ficava ainda prevista uma outra

possibilidade de recurso à PMA, fora de um contexto de esterilidade, restringida aos casos em que tal fosse necessário para impedir o aparecimento ou desenvolvimento de anomalias genéticas. Já o segundo projeto não previa o recurso a tais técnicas fora do âmbito da esterilidade. Uma outra questão polémica que tem uma resolução na proposta de lei diz respeito à questão de saber quem poderia aceder às técnicas de PMA, ficando firmado que as técnicas de PMA só se podiam aplicar a casais legalmente constituídos não separados judicialmente de pessoas e bens ou não separados de facto ou ainda em situação de união de facto há pelo menos dois anos. Evoco que todos esses projetos optaram por considerar nulos os contratos gratuitos ou onerosos de maternidade de substituição, atribuindo a maternidade à mãe portadora em detrimento da mãe genética.

Não obstante as técnicas de PMA serem utilizadas há mais de 20 anos em Portugal, apenas em 2006 foi aprovada legislação global e unitária própria de que se destaca a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Esta Lei veio ao encontro da corrente doutrinal maioritária que se mostrava favorável à intervenção legislativa, sobretudo em favor da segurança jurídica. Evoco ainda que a Recomendação n.º 146 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa de 1986, sobre a utilização de embriões e fetos humanos para fins de diagnósticos terapêuticos, científicos, industriais e comerciais, assumiu um importante papel na promoção da legislação sobre a PMA, sugerindo aos Estados-membros que definissem os termos a respeitar na aplicação das técnicas de PMA³. Ainda no ano de 1986 foi constituída, em Portugal, a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, presidida por Francisco Pereira Coelho, incumbido da elaboração de um anteprojeto de lei atinente às matérias de procriação assistida. Essa comissão propôs ao Ministério da Justiça a adoção de um regime provisório e restritivo, só permitindo a prática de inseminação artificial homóloga, de fertilização *in vitro* e de fertilização intratubária, conforme Decreto-lei n.º 319/86, de 25 de setembro. Já em 1997, o Governo apresentou uma Proposta de lei (n.º 135/VII) convertida no Decreto n.º 457/VII de 1999, embora esse diploma haja sido vetado pelo Presidente da República. Daí que o Decreto-lei n.º 318/86 se tenha mantido em vigor e só então, em 2006, o acesso às técnicas de PMA foi então firmado na Lei. Esta regulou a utilização de um conjunto diversificado de técnicas, designadamente a inseminação artificial; a fertilização *in vitro*; a injeção intracitoplasmática de espermatozoides; a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; o diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação

³ Disponível em [em linha]: <http://www.europa.eu.imt> .Consultado em 23 de março de 2018.

gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias. Sobre algumas destas técnicas darei conta no item seguinte. No seu art.º 4º referente às condições de admissibilidade, logo no seu n.º 1 ficou estipulado que: *as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação*. A este respeito, o legislador português, ao consagrar a possibilidade de recurso às técnicas de PMA enquanto método subsidiário, seguiu a tendência europeia⁴. Além disso, o legislador português permitiu aos beneficiários aceder a tais técnicas não só com o fito de solucionar casos de infertilidade, mas também *para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doença de origem genética, infecciosa ou outras* (art.º 4º n.º 2 *in fine*). No que concerne ao regime da subsidiariedade, este tem como fundamento o princípio da não instrumentalização do ser humano e dos seus órgãos reprodutivos e ainda no princípio da precaução, nomeadamente quando o legislador permitiu que se tentasse evitar, através do recurso a uma técnica de PMA, que o nascituro ou um beneficiário do processo viesse a sofrer de uma doença. Quanto ao art.º 6º referente aos beneficiários, estipula o n.º 1 da Lei n.º 32/2006: *só 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*. Uma das questões relativas a este preceito é a de saber se a limitação dos potenciais beneficiários de técnicas de PMA não poderá ser inconstitucional por violação do direito a procriar tendo em conta o art.º 36º n.º 1 da CRP. Neste aspeto concordamos com Diogo Leite Campos que reconhece este direito embora salientando a possibilidade da sua limitação⁵. Já Guilherme de Oliveira questiona se o acesso às técnicas de PMA por parte dos beneficiários não deveria mesmo ser subsidiário do recurso à adoção⁶. O artigo que, atendendo ao objeto de estudo deste trabalho de investigação, mais pretendo realçar e analisar é o art.º 8º referente à maternidade de substituição, cujo n.º 1 estipula: *são nulos os negócios jurídicos gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição*, e ainda o n.º 3: *a mulher que suportar uma*

⁴ A este respeito Cf. RAPOSO, Vera Lúcia e PEREIRA, André (2006) – Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). In **Lex Medicinæ**. Ano 3, n.º 6. Cf. Ainda MELO, Helena Pereira de (2008) – **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina.

⁵ CAMPOS, Diogo Leite de (2006) – A Procriação Medicamente Assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Vol. III. E ainda MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui que entendem que é possível extrair do art.º 36º da CRP um direito fundamental, não apenas a procriar, mas igualmente ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e paternidade. In **Constituição da República Portuguesa Anotada** (2005) – 2ª ed., Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 399.

⁶ OLIVEIRA, Guilherme de (1999) – Legislar sobre Procriação Assistida. In **Temas de Direito da Medicina**. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 49 e ss.

*gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer*⁷.

Ainda quanto às beneficiárias das técnicas de reprodução assistida poderiam ser apenas pessoas maiores de 18 anos e não interditas por anomalia física, sendo que tais beneficiários teriam de ser inférteis e quaisquer métodos de tratamento da infertilidade teriam de se ter mostrado infrutíferos ou clinicamente inadequados ou, sendo os beneficiários férteis, existisse risco sério, que não pudesse ser evitado sem o recurso àquelas técnicas de transmissão ao nascituro de doença hereditária ou infecciosa grave. Seria ainda indispensável o consentimento livre e esclarecido e prestado de maneira expressa e por escrito do beneficiário. Outro elemento importante que retiro desta Lei é o não reconhecimento de um direito de procriar ilimitado e absoluto. No que respeita à inseminação artificial homóloga foi proposto que, se alguém depositar o seu espermatozoides para levar a cabo a inseminação artificial homóloga e vier a falecer durante o período em que o espermatozoides deve ser conservado, este será destruído. Por outro lado, não era permitida a inseminação artificial heteróloga com espermatozoides fresco, mas apenas em certos casos com espermatozoides congelado.

Outro aspeto que pretendo frisar da Lei n.º 32/2006 concerne ao arrependimento das partes, isto é, dos pais contratantes e que era uma questão discutida no quadro das restantes técnicas de PMA, visto que já se colocava o problema dos beneficiários das técnicas de PMA poderem vir a desistir do procedimento. É por isso que na redação originária da Lei o legislador se não deixou de confrontar com este mesmo problema tendo criado o art.º 14º n.º 4, segundo o qual: *o consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles [beneficiários] até ao início dos processos terapêuticos de PMA*. Assim, o art.º 14º consagrava, e da minha perspetiva ajustadamente, o importante direito ao consentimento informado por parte dos beneficiários no respeito pelo princípio do direito à autodeterminação. Ao considerar que o consentimento é livremente revogável a todo o tempo até que se iniciem os processos terapêuticos, ficava

⁷ Desde logo, considero pertinente ter em conta esta perspetiva sobre a definição de maternidade de substituição que surge plasmada no n.º 2 do art.º 8º: “A substituição de uma mulher por outra na gestação e no parto, para satisfazer o desejo de ser mãe sentido pela primeira, é, em certa medida, uma «variante» da inseminação artificial heteróloga por parte de um dador (masculino) de espermatozoides. Assim sendo parece-nos lógico que, pelo menos nas ordens onde esta seja proibida, também aquela o seja.”; SILVA, Paula Martinho da e COSTA, Marta (2011) – **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 58.

então plasmado na Lei que o consentimento deveria ter a característica da atualidade. Ainda assim, tal consentimento não deveria excluir a responsabilidade do médico⁸. Segundo o entendimento de Vera Lúcia Raposo acerca deste n.º 4 do art.º 14º: “Se assentarmos que a possibilidade de arrependimento vai até à transferência uterina, então, o art.º 14º n.º 4 deve igualmente valer para a gestação de substituição. Não descuro o facto de a norma ter sido criada a pensar nas relações dos pais contratantes entre si, mas penso que pode igualmente ser aplicada neste ensejo.”⁹. Um outro elemento relevante atinente à regulamentação jurídica da PMA concerne à questão de saber se a maternidade de substituição poderá ser considerada, em sentido próprio, uma técnica de procriação assistida. Para responder a esta questão evoco que a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho determinou o carácter subsidiário das técnicas de PMA heterólogas, conforme art.º 10º n.º 1. Relativamente a esta questão concordo com a posição de princípio de Vera Lúcia Raposo, para quem a maternidade de substituição não configura, em sentido próprio, uma técnica de reprodução assistida, dado que, na realidade, todo o processo é suscetível de desenvolver-se sem o recurso à ciência médica.

⁸ “Estamos em crer que caso não sejam indicadas todas as alternativas de técnicas de PMA aos pacientes (neste caso, beneficiários, de acordo com a lei), poder-se-á considerar que houve uma indução por parte do médico (mesmo que feita de boa-fé, de acordo com os seus conhecimentos e experiência) a certo tratamento, através de omissão de informações. Não só está interpretação resulta dos grandes princípios gerais do direito, designadamente, do princípio da autonomia privada, como igualmente decorre do n.º 2 da presente norma [...]”; *idem, ibidem*, p. 88.

⁹ RAPOSO, Vera Lúcia (2017) – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38, p. 18. Mais acrescenta esta autora que: “Os pais contratantes podem abandonar o contrato [a autora refere-se aos contratos de maternidade de substituição] e as suas concomitantes obrigações contratuais até ao momento da transferência uterina, sem que tal constitua incumprimento do contrato nem implique as consequências que o direito contratual estipula para o incumprimento, bastando apenas reembolsar eventuais gastos já tidos pela contraparte.”; *ibidem*, p. 19.

1.2. Modalidades das técnicas de PMA e os Processos de PMA homólogos e heterólogos.

Entre as modalidades de técnicas reprodutivas, a inseminação artificial¹⁰ é a técnica clássica em que após a determinação do momento de ovulação da mulher, esta é inseminada com espermatozoides do marido, companheiro ou de um dador. Esta técnica diferencia-se em dois tipos, consoante a origem do espermatozóide utilizado: se pertencer ao elemento masculino do casal chama-se homóloga, se pertencer a um dador então chama-se heteróloga. Ana Paula Guimarães acrescenta ainda outro tipo a que chama mista, confusa ou combinada, a qual ocorre quando se utiliza espermatozóide proveniente do marido da mulher inseminada e de terceiro¹¹. A infertilidade traduz, essencialmente, um facto biológico que pode causar grande e duradouro sofrimento e, em tais circunstâncias, requer tratamento que os avanços da medicina vieram facultar mediante uma série de intervenções terapêuticas designada, genericamente, como PMA. Esta conglomera a utilização de técnicas muito variadas e não deixa – como explicitarei *infra* no item 1.3 – de desencadear um conjunto de questões, designadamente de cariz deontológico e ético, as quais se afiguram como especialmente importantes, porquanto o que está em jogo é a vida, a integridade e a dignidade da mãe e dos nascituros. Mais acrescento que a PMA possui essencialmente uma dimensão terapêutica e ela deve ser utilizada por casais que sofram de doença¹².

No que concerne à fecundação heteróloga, esta pode ter como consequência a gestação de um filho que não será do casal, no ponto de vista biológico, embora aqui não exista verdadeiramente uma superação da infertilidade, pois esta é “[...] apenas cosmeticamente corrigida.”¹³. De acordo com a disposição do art.º 1839º n.º 3 do CC

¹⁰ “A inseminação artificial consiste na introdução de sêmen nos órgãos genitais da mulher de forma a facilitar o encontro dos gametas masculinos e femininos essencial à fecundação. Assim se inicia a concepção do filho tão desejado que pelo modo normal do ato sexual não ocorreria.”; GUIMARÃES, Ana Paula (1999) – **Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 21.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 22. Ainda segundo a mesma autora: “Numa perspetiva mais alargada, podemos classificar a inseminação artificial em: matrimonial homóloga, matrimonial heteróloga e extramatrimonial.”; *ibidem*.

¹² Esta é a posição de W. Osswald, que esclarece: “Tal significa que se não reconhece o «direito ao filho» às vezes invocado para mulheres sós ou pares homossexuais.”; OSSWALD, Walter (2008) – *As técnicas de Procriação Medicamente Assistida com recurso a gametas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)*. In **Bioética e Vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, p. 94.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 95. Para este mesmo autor: “Não se pode, pois, invocar valia terapêutica para a fecundação heteróloga, esta não deve ser permitida.” Embora esta posição seja criticada pelos autores que defendem o recurso a gametas estranhos ao casal com base em argumentos como: a satisfação do desejo do

(redação do Decreto-lei n.º 496/77 de 25 de novembro): *não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*. Portanto, se a inseminação é heteróloga, mas o marido da mulher inseminada consentiu, então nunca poderá pôr em causa a sua paternidade, justamente porque a Lei permite dissociar a filiação biológica da filiação jurídica, atribuindo a paternidade a quem não participa na procriação. Pelo contrário, se não consentiu na prática pode impugnar a presunção de paternidade resultante da constância do matrimónio prevista no art.º 1826º n.º 1 do CC. Quanto ao dador, juridicamente não é pai, visto que nenhuma ligação de filiação pode ser estabelecida entre o dador e a criança concebida, isto porque a sua contribuição é puramente biológica e não participa de nenhum projeto de paternidade, o que lhe retira qualquer direito em relação ao novo ser, por força do princípio implícito no art.º 1839º n.º 3 do CC. Contudo, não deixa de ser controvertida a questão do anonimato do dador perante o direito de qualquer pessoa conhecer a sua proveniência biológica, a sua historicidade pessoal¹⁴. Diogo Leite Campos fundamenta o seu juízo crítico no facto de a necessidade de um casal se realizar através de filhos acabe sendo satisfeita mediante uma outra pessoa tornada objeto, “remédio” das necessidades de outrem¹⁵. Mais ainda

filho; por permitir a concretização de uma atitude solidária de pessoas férteis em relação a outras pessoas sem esta característica biológica. Argumentos estes que são contestados por este autor com base nos seguintes contra-argumentos: não se tratar de um ato médico com finalidade terapêutica, uma vez que a situação de infertilidade/esterilidade permanece e ainda por suscitar problemas psicológicos na relação conjugal: “[...] não se pode gerar uma criança de pai (ou mãe) desconhecido a fim de tratar a maternidade (ou paternidade) frustrada – uma criança não pode ser reduzida a uma terapia.”; *ibidem*, p. 96. Ainda em relação à pertença solidariedade do/a dador/a, segundo o mesmo autor ela é lamentavelmente inscrita numa transação comercial, já que o dador visa o lucro e não tanto a beneficência: “As dadoras de ovócitos benévolos são em geral familiares próximas das recetoras (o que torna num mito o tão apregoado anonimato) que agem por afeto ou compaixão; na grande maioria das situações «as dadoras» vendem os seus ovócitos ou trocam-nos pelo pagamento da realização de técnicas de PMA em que elas próprias estão envolvidas.”; *ibidem*.

¹⁴ “Problemas sérios, complexos que podemos agrupar em três níveis: o dos cônjuges, o do dador e o do filho. Todos eles revestem uma importância capital no plano jurídico. É um fenómeno que não pode ser ignorado pelo direito dada a frequência da sua prática e a incidência direta sobre o sistema básico da família.”; *ibidem*, p. 47. Considera Ana Paula Guimarães que, entre outros, pode suscitar-se o seguinte problema: “A introdução no casal da capacidade fecundante de uma terceira pessoa pode contribuir para acentuar o complexo de inferioridade do marido que normalmente interpreta a sua incapacidade como falta de virilidade; potencia desavenças entre os cônjuges e pode favorecer uma inadequada relação pai/filho (recorda a todo o momento a esterilidade do pai) ou mãe/filho (quer o filho para si e não para o casal).”; *ibidem*, p. 48. Diogo Leite de Campos, apresenta uma visão muito crítica sobre a inseminação heteróloga, considerando que: “Há aqui uma forte oposição da vontade, pretensamente «omnipotente», do legislador aos interesses da criança, à sua dignidade de ser humano. Desajustando-se essa vontade da biologia, da dignidade da pessoa humana e do primado da pessoa que não pode ser posta ao serviço de outrem e muito menos transformada em objeto da vontade de outrem.”; CAMPOS, Diogo Leite de (2008) – A Procriação Medicamentosa Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, p. 84.

¹⁵ Di-lo nestes termos: “Uma pessoa não pode ser instrumentalizada, fora da biologia, da ética, da antropologia, para satisfazer uma necessidade de outrem. Ou se quisermos, noutra perspectiva, não me parece admissível que se atribua à vontade do casal a onnipotência de ultrapassar todos os limites, sobretudo quando este limite é um ser humano.”; *idem, ibidem*, p. 85, acrescentando este autor que: “Mesmo

considera este autor que a PMA heteróloga, não sendo levada a cabo em favor do filho, viola o art.º 2º da Convenção dos Direitos do Homem e Biomedicina¹⁶. É importante ainda dar conta da posição doutrinária de João Carlos Loureiro sobre esta problemática da PMA heteróloga, a qual, segundo este autor, não deixa de encerrar diversos riscos, tais como o de estarmos perante uma consideração puramente tecnológica do problema, ao invés de cuidarmos do impacto psicológico nas relações horizontais (marido/mulher) e verticais (identidade das crianças)¹⁷. Acerca das relações horizontais, este mesmo autor, citando Eduardo Sá, expõe uma questão que, coincidentemente, está associada à 1ª gestação de substituição entretanto aprovada, que é o caso da avó que disponibilizou o útero para gerar a neta durante a gestação, o que, segundo Eduardo Sá, provoca uma “confusão paternal e geracional” e ainda ao nível das relações entre beneficiários, emergem riscos psicológicos no seio do casal, pois uma das partes não é o pai genético¹⁸. Também nas relações verticais, incidentes sobre a criança, surgem riscos acrescidos face à conceção tradicional, designadamente do ponto de vista psicológico, uma vez que o desconhecimento da identidade do genitor poderá vir a afetar a criança¹⁹. A matéria específica da procriação heteróloga e, em geral, da PMA, convoca diferentes ramos do Direito: para lá do direito constitucional, o direito penal quando se pune o ato de procriação artificial sem o consentimento da mulher (art.º 168º do Código Penal); no direito civil, sobretudo em matérias de filiação, em relação a questões de consentimento e de responsabilidade médica; o direito internacional, atendendo aos direitos do homem em geral e aos direitos da criança em especial, como por exemplo o art.º 7º da Convenção dos Direitos da

numa visão pouco solidarística da pessoa humana e das suas relações com os outros, em termos do *eu* estar constantemente em afrontamento com o *tu*, conhecendo só os limites impostos por este último, o *tu* é sempre um limite ao *eu*.”; *ibidem*.

¹⁶ Além disso, tal como defende este autor e cuja argumentação subscrevo: “O uso de gâmetas estranhos ao casal dos pais «legais» “torna eticamente ilegítima e profissionalmente desajustada a intervenção médica, constituindo como que uma obstinação terapêutica indesejável e, de facto, cria mais problemas, a vários níveis, do que os que pretende resolver e não trata medicamente num «casal estável» definido, a esterilidade de que esse casal sofre e para a qual procurou tratamento médico» [o autor cita Daniel Serrão na sua declaração de voto, em relação ao Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida].”; *idem, ibidem*, p. 86. Conclui este autor que: “A transmissão da vida humana não pode ser desvinculada de um ato pessoal, livre, consciente e natural de um homem e de uma mulher. Em via de regra, e desejavelmente, o ato sexual. Em caso excecionais e a título subsidiário, a procriação medicamente assistida homóloga. É nesse sentido que depõem a natureza e o interesse do novo ser. Não sei porque os pais amam os filhos – embora saiba que é este amor a causa e o sentido da procriação. Sejam estas razões biológicas, sociais, éticas – ou outras – a PMA heteróloga só as debilitará. O filho corre o risco de ser a primeira vítima das desavenças do «casal estável». [...] Com base nesta ideia me parece difícil de aceitar constitucionalmente o n.º 2 do art.º 10º, por violação, nomeadamente, do disposto nos artigos 2º, art.º 12º n.º 1, art.º 13º n.º 1 e art.º 26º n.º 1 e 3 da Constituição da República.”; *ibidem*, p. 86.

¹⁷ LOUREIRO, João Carlos (2006) – Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. In *Lex Medicinæ*. Ano 3, n.º 6, p. 14.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 15.

Criança²⁰. Quanto à dação de gâmetas, concordo com orientação seguida por João Carlos Loureiro ao separar - e bem - o problema da disponibilidade de gâmetas da questão da sua comercialização, considerando que a proibição da venalização do corpo não significa necessariamente a exclusão de uma lógica de dação. Por outro lado, questionando-se sobre se estamos face a um princípio da alternatividade, este autor considera que o princípio da autonomia não fundamenta aquele princípio de alternatividade no acesso às técnicas de PMA, nomeadamente as heterólogas²¹. Esta é, aliás, a posição firmada na LPMA no seu art.º 4º n.º 1 que firma uma subsidiariedade geral. É pertinente realçar que o mesmo autor rejeita liminarmente a denominada “produção independente”, porquanto põe em causa o princípio da familiaridade, já que recusa a biparentalidade à criança que venha a nascer²². Uma outra técnica é a fertilização *in vitro* em que se procede à recolha e tratamento de espermatozoides, mas em que o processo de fertilização não acontece no interior do corpo da mulher, mas dentro de um tubo de ensaio. Após ser submetida a um tratamento de estimulação hormonal, são extraídos à mulher um conjunto de ovócitos em que os embriões obtidos são cultivados num recipiente até atingirem a fase do blastocisto (corpo formado por 63 células), momento em que são transferidos para o corpo materno. Nesta técnica, a mulher a quem são extraídos os ovócitos pode ser a mesma que realizará a gestação do embrião, mas também podem ser mulheres diferentes e daí resultam diferentes hipóteses²³. Segundo Ana Paula Guimarães igualmente a fecundação *in vitro* pode ser homóloga, heteróloga, matrimonial e extramatrimonial, em que a implantação

²⁰ Segundo João Carlos Loureiro: “De um ponto de vista constitucional, concluiremos que é perfeitamente legítimo que o legislador siga esta via, proibindo as procriações heterólogas, tal como o fez a legislação italiana de 2004. No entanto, está longe de ser pacífico que se trate de uma imposição constitucional. Sendo a solução político-legislativa que consideramos desejável [...] pendemos para considerar que estamos perante uma esfera em que cabe à comunidade política decidir. Há outras implicações gerais, isto é, não limitadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, que têm também repercussão em matéria de PMA. Basta pensar, por exemplo, na proibição da seleção de esperma que vise escolher o sexo em virtude de se partir de uma visão de desvalor da mulher.”; *idem, ibidem*, p. 20.

²¹ “[...] o princípio conformador continua a ser, e bem, a subsidiariedade, ainda que alargada às hipóteses em que se pretende, deste modo, evitar a transmissão de doenças graves. Podemos até falar de uma dupla subsidiariedade: a) em relação à procriação natural; b) em relação à procriação homóloga.”; *idem, ibidem*, pp. 32-33.

²² “A sua admissibilidade desconhece este interesse do filho à presença da complementaridade do masculino e do feminino, em vestes de paternidade e de maternidade. As situações de defetividade de um dos pais na vida real [...] não podem legitimar soluções jurídicas que apontam para uma monoparentalidade projetada.”; *idem, ibidem*, p. 34.

²³ “a) Se o elemento feminino do casal fornecer os ovócitos, mas a gestação couber a outra mulher, esta será uma mãe de substituição; b) Se o elemento feminino do casal gerar um embrião criado com ovócitos de uma doadora, será uma hipótese de doação de gâmetas femininos; c) mais complicado será o caso de todo o processo se desenrolar mercê de intervenções de mulheres estranhas ao casal (uma doa os ovócitos, outra gera a criança), não tendo o elemento feminino do casal qualquer participação, mas ainda assim, pretender reivindicar o estatuto jurídico de «mãe».”; RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – Direitos Reprodutivos. In **Lex Medicinæ**, Ano 2, n.º 3, p. 119.

pode ser realizada na mãe biológica, isto é, naquela de que provém o óvulo, ou na mãe substituta, ou seja, na que cede o ventre para gerar o embrião resultante da fecundação do óvulo de outra mulher²⁴.

Outra técnica é a microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides, cuja especificidade é que o próprio ato de fecundação é manipulado, dado que o espermatozoide é diretamente injetado no ovócito. Uma outra técnica consiste na transferência intrafalopiana de gâmetas, em que a fecundação já não acontece em meio laboratorial, mas antes nas trompas de Falópio da mulher gestante. Temos ainda a inseminação artificial homóloga, a qual não ostenta significativas dificuldades, seja realizada dentro ou fora do casamento. A única objeção frequentemente apontada a este tipo de procriação é quando ela é realizada contra a vontade da mulher inseminada, porquanto o que se pretende proteger é a liberdade de decisão da mulher de ter ou não um filho, pelo que o essencial para esta prática de inseminação é o consentimento da mulher.

1.3. As questões suscitadas pela PMA

Segundo Walter Osswald:

“Reconhece-se que em matéria desta área não existem consensos alargados, sobretudo por não ser unívoco o conceito do que é o embrião nem o estatuto que lhe deva ser atribuído. Não obstante, é geralmente admitido que o embrião não é coisificável e que merece respeito, divergindo as opiniões apenas quanto ao grau e amplitude que esse mesmo respeito deve revestir.”²⁵.

As questões associadas à PMA são nomeadamente se é possível ou não a produção de embriões para outros fins que não o tratamento da doença infertilidade, ou ainda se o carácter terapêutico da PMA exclui ou não a produção de embriões para fins experimentais ou para obtenção de células estaminais embrionárias²⁶. As questões em torno da PMA têm o seu centro no respeito pela vida e integridade de todos os seres humanos, a defesa da sua autonomia e dignidade e uma total recusa da sua instrumentalização. É sobretudo em torno da inseminação heteróloga que gravitam

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 26.

²⁵ OSSWALD, Walter (2008) – As Técnicas de Procriação Medicamente Assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga). In **Bioética e Vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, p. 93.

²⁶ Em relação a estas mesmas questões, W. Osswald defende a seguinte posição: “Em todas estas situações assistiríamos a uma instrumentalização inaceitável do embrião (e do nascituro respetivo), que deixaria de ser um fim em si mesmo para passar a constituir um meio – num caso o nascituro seria reduzido à condição de remédio para uso de irmão anteriormente nascido, no outro à de mera fábrica de células, condenada à morte após a extração destas.”; *idem, ibidem*, p. 94.

problemas mais complexos, nomeadamente em torno da mulher casada, pois emerge a questão de saber se ao ser inseminada com espermatozoides de outro homem que não o marido, a mulher incorre num caso de adultério ou ainda se a mulher casada poderá aceder à inseminação heteróloga sem o consentimento do marido²⁷. Embora a inseminação homóloga não ofereça de facto tanta controvérsia, podem, no entanto, ocorrer problemas aquando da inseminação operada após a decretação do divórcio entre o casal e ainda a inseminação realizada após a morte do marido (inseminação *post-mortem*)²⁸. Igualmente a fertilização *in vitro* tem suscitado um complexo problema que é o dos embriões excedentários, acarretando questões como: que fazer com os embriões que não são implantados? Sobre esta temática dos embriões excedentários, evoco a determinação do Parlamento Europeu, em 1989, segundo a qual deve garantir-se que os embriões excedentários sejam, posteriormente, transferidos para a mulher que para eles contribuiu ou impedir a criação de embriões supranumerários. Por seu lado, o Projeto Português sobre a utilização de técnicas de PMA elaborado em 1987 pela Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias limitou o número de embriões resultantes da fertilização *in vitro* ao estritamente necessário (art.º 35º do Projeto). Esta problemática, tal como considera Stela Barbas, suscita questões muito complexas, tais como: que destino dar aos embriões excedentários? Quem tem legitimidade para decidir o que fazer com os embriões?²⁹. Com efeito, a fertilização *in vitro* permite distinguir três

²⁷ Sobre este aspeto, pronuncia-se Vera Lúcia Raposo, nos seguintes termos: “Poderá fazê-lo, visto que é um ato individual que carece apenas do seu consentimento. Contudo, dadas as repercussões que este ato individual implica na vida do casal, em tais situações a maior parte dos ordenamentos jurídicos, entre eles o Código Civil Português, «ilibam» o seu marido ou companheiro de ser legalmente tido como pai da criança [...]”; *idem, ibidem*, p. 122. RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – **Direitos Reprodutivos**. **Op. Cit.**, considera ainda que: “Para além disso, este ato de rebeldia para com a vontade do outro, num assunto tão intimamente conexionado com ambos, representa uma violação dos deveres de respeito que vinculam os cônjuges, conseqüentemente, é causa de divórcio.”; *ibidem*.

²⁸ Segundo Stela Barbas: “Regra geral, surgem problemas sempre que se ultrapassa artificialmente a vida dos pais biológicos; há, desde logo, um ser potencial condenado à orfandade; uma criança que já é órfã antes de ser concebida. Trata-se de situação anómala no plano do estabelecimento da filiação e do direito das sucessões.”; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2006) – **Direito ao Património genético**. Coimbra: Almedina, p. 129. Quanto à posição desta autora sobre esta temática, é a seguinte: “Penso que é de admitir a inseminação artificial *post-mortem*, não como um fim em si mesmo, mas, como um meio para resolver um fim. Que fim? Proteger o direito ao Património Genético daquele ser que já está formado desde o momento da concepção.”; *ibidem*, p. 136.

²⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2006) – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, p. 87. A mesma autora, seguindo Leite de Campos considera que, havendo vida a partir da concepção e personalidade jurídica desde a concepção, então a destruição dos embriões excedentários traduz uma violação ao direito à vida, o que colide com o art.º 24º n.º 1 da CRP que tutela o direito à vida. Acrescenta esta autora: “Deve ser considerado uma desordem moral grave toda e qualquer ação dirigida de modo deliberado à supressão de um ser humano em estado embrionário. Suprimir a vida humana em qualquer dos seus estádios de desenvolvimento não pode ser encarado como um recurso disponível para a efetivação de um projeto científico, médico, social, político, etc. Por muito relevante que o interesse possa parecer. *Ibidem*, p. 89. E conclui a autora: “Em síntese, julgo poder concluir que, consideradas as complexas

tipos de maternidade que não raro se encontram dissociadas, a saber: a genética ou biológica, a uterina e a social ou afetiva, sendo que a primeira corresponde à proveniência biológica, a segunda, a quem gera no seu organismo o embrião e dá à luz e, por último, quem cria a criança e a educa. Também neste sentido é possível considerar que a fertilização *in vitro* abriu flanco à gestação por conta de outrem. Daqui resulta que a criança pode ter três mães, restando a questão de saber de quem, juridicamente, é filho/a, até porque quem dá à luz nem sempre é a mãe genética ou biológica. Tal situação faz colapsar o princípio herdado do direito romano *mater certa est*³⁰. Além de outros problemas subjacentes à problemática da PMA temos questões sobre a doação de gametas que suscitam questões como: será lícito, ou moralmente aceitável, recorrer à doação de gâmetas? Ou ainda: poderá ser uma doação onerosa ou necessariamente gratuita? Uma outra e significativa questão acerca da PMA reporta-se ao anonimato dos participantes. Se é certo que a regra do anonimato visa garantir a identidade de todos os participantes, todavia este princípio acaba por colidir com um outro direito com respaldo constitucional: o direito à identidade pessoal e genética (art.º 26º CRP). Com efeito, esse direito engloba o conhecimento das raízes genéticas e, como tal, a exata identidade dos progenitores e, nesse sentido, julgo que se pode considerar ilegítima e até inconstitucional a regra do anonimato. Com efeito, o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores é posto em causa quando se defende o anonimato do dador, sendo que existem duas posições distintas: a dos países de influência anglo-saxónica e germânica que rejeita o anonimato e a dos países de influência francesa que o defende. Também o projeto português sobre a utilização de técnicas de PMA elaborado pela Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias optou pelo anonimato do dador. Os defensores desta posição

e gravíssimas questões que decorrem da existência de embriões excedentários nos domínios da moral, religião, sociologia, direito, etc., parece não oferecer dúvida que devem ser utilizadas todas as técnicas possíveis para os evitar. Mas, se num ou noutro caso pontual surgirem embriões excedentários devem ser implantados no útero da progenitora e no decurso do ciclo ou ciclos genitais posteriores o da fecundação *in vitro*. E se, ainda, por algum motivo (exemplo: doença temporária da mulher) esta última solução apresentada não for viável recorrer-se-á à crioconservação. [...] Numa situação última de conflito entre valores absolutos, em que a aceitação de um implica, necessariamente, o sacrifício do oposto, terá de se fazer uma opção: parece certo que entre liquidar uma vida (morte de embriões) ou a sua transferência para ventre alheio (inseminação/fertilização heteróloga) está terá de prevalecer (garantida, claro, a identidade do dador).”; *ibidem*, pp. 93-94.

³⁰ “Na fertilização *in vitro* a dissociação entre fecundação e gestação é nítida: por um lado, o encontro entre o óvulo e espermatozóides ocorre fora do corpo da mulher para depois se desenvolver no organismo materno, por outro, a possibilidade de intervenção de duas mulheres neste processo – a mãe *genitrix* que fornece o óvulo, e a mãe *gestatrix* que acolhe no seu ventre o embrião resultante da fecundação do óvulo daquela, que leva a gravidez a bom termo e dá à luz.”; GUIMARÃES, Ana Paula (1999) – **Alguns Problemas Jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 100.

argumentam que o sigilo é fundamental para garantir o valor da intimidade da vida privada e familiar plasmado no art.º 26º n.º 1 da CRP e ainda que a sua revelação viola os direitos de personalidade tal como consagrados no art.º 70º do CC e a imputar a quem for responsável pelo sigilo. No entanto, tal como considera Stela Barbas, posição com a qual concordo, decorre do anonimato a impossibilidade de estabelecimento de laços de filiação entre o dador e a criança concebida através de procriação artificial³¹. Com efeito, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, consagrou na ordem jurídica portuguesa, a chamada regra do anonimato da dador de gâmetas. Deste modo, na PMA, o dador de ovócitos ou espermatozóides permanece anónimo com as ressalvas incertas no art.º 15º n.º 3 e 4 desta mesma Lei³². Não obstante, do meu ponto de vista não é possível afirmar que vigora em Portugal uma regra absoluta de anonimato, na medida em que a identidade do dador poderá ser revelada, caso seja imposta *por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*. Julgo que é possível extrair um direito ao conhecimento das origens genéticas na CRP, tendo em conta o cariz não taxativo atribuído ao catálogo de direitos fundamentais e atendendo à clausula aberta do n.º 1 do art.º 16º. É por essa razão que estou de acordo com a posição de Rafael Vale e Reis segundo a qual urge relevar a tutela que a CRP confere à dignidade da pessoa humana no seu art.º 1º e ainda o direito à

³¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2006) – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, p. 170. Mais acrescenta esta autora que: “A nossa regulamentação jurídica nada prescreve quanto ao segredo do n.º 3 do art.º 1839º do CC, pelo que é legítimo violar a obrigação do sigilo e procurar a pessoa do dador do esperma afim de lhe atribuir a competente paternidade. Esta clara contradição não pode ser resolvida por quem defenda no nosso sistema legislativo o princípio do segredo da identidade do dador.”; **ibidem**, p. 171. Conclui a autora sobre esta matéria: “O anonimato conduz, necessariamente, ao nascimento de uma pessoa sem raízes como um qualquer produto industrial. Sem sabermos de onde provimos não podemos descobrir para onde vamos ou para onde pretendemos ir. Precisamos de ter consciência da nossa própria identidade; necessitamos de certeza da nossa proveniência genética para podermos ter dúvidas acerca de nós próprios.”; **ibidem**, p. 175. Em nota e pronunciando-se sobre o sistema jurídico português, Stela Barbas considera ainda que: “[...] ele não pode ficar ferido pela contradição de se fixar o segredo na adoção nos termos do art.º 1987º do CC. Afiguram-se, desta sorte, duas alternativas: ou se preconiza o anonimato que é coerente com o preceituado na referida norma ou se modifica aquele regime de adoção. Penso que parece indispensável a adaptação daquela disposição ao direito que assiste a todos de conhecer as suas raízes, a sua história, a sua própria identidade, o seu Património Genético. E, entendendo que aquele artigo suscita, indiscutivelmente, uma questão de inconstitucionalidade.”; **ibidem**.

³² Ainda assim, Rafael Vale e Reis defende que essa Lei ostenta lacunas, dando o seguinte exemplo: “[...] Apesar de estar em causa, pelo menos, um interesse jurídico relevante, a lei não regula (ainda que proscrevendo) o acesso do dador a qualquer informação acerca das pessoas geradas com o seu material biológico, ou mesmo a possibilidade de renúncia ao anonimato, bastando-se com a consagração de uma regra genérica de segredo. [...] Outro aspeto que a lei não esclarece diz respeito à eventual admissibilidade de um pedido genérico, efetuado por qualquer pessoa, com o objetivo de saber se dos registos resulta a circunstância de ter sido gerada com recurso à PMA.”; REIS, Rafael Vale e (2016) – Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida? In **Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**. Vol. IV, Coimbra: Almedina, p. 161.

identidade pessoal consignado no art.º 26º n.º 1 CRP. Segundo esse mesmo autor a complexidade da opção entre a abolição do anonimato do dador ou a sua manutenção tem levado à defesa da implementação de *double track systems*, ou sistemas de dupla via. Trata-se de uma proposta – ao meu ver sem qualquer tipo de eficácia ou de fundamento – que abriria a possibilidade de determinadas estruturas de apoio médico à reprodução humana aceitarem dadores anónimos e outras que não o permitissem. Esta temática da procriação medicamente assistida heteróloga e nomeadamente do sigilo sobre o dador, deverá ser enquadrada, creio, segundo o entendimento de Diogo Leite Campos, que nos convoca para o princípio ético do primado do ser humano, jamais objetivado ou subordinado aos outros nos seus valores primordiais. O mesmo autor elenca um conjunto de pressupostos que deverão ser atendidos, a saber:

- As técnicas de PMA não configuram procedimentos alternativos à reprodução natural, mas outrossim métodos terapêuticos subsidiários;
- Tais técnicas devem ser usadas enquanto auxiliares da concretização de um projeto parental em que o que mais releva são os interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido através da PMA, de acordo com o princípio da vulnerabilidade;
- Deverão utilizar apenas os gâmetas do casal, de modo a respeitar a não instrumentalização da vida humana, o que é uma decorrência do princípio da dignidade humana;
- No caso de PMA com recurso a dador de gâmetas – que segundo autor é de rejeitar – deverá ser garantida a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e após a maioridade legal deste, de acordo com o reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica;
- A informação genética relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador, deverá manter-se sempre disponível e podendo ser solicitada, antes da maioridade do filho biológico, pelos representantes legais deste;
- A implementação das técnicas de PMA deve impedir a produção de embriões excedentários, de acordo com o princípio do respeito pela vida humana e ainda para reduzir a incidência de gravidezes múltiplas;

- Todo o embrião humano tem o direito à vida e ao desenvolvimento e o embrião originado *in vitro* deverá sempre fazer parte de um projeto parental³³.

Também o destino dos embriões excedentários suscita questões relevantes, mesmo que sejam possíveis várias situações como a criopreservação ou congelamento dos embriões até ao momento em que o casal pense em ter mais filhos, ou ainda, outra possibilidade é doá-los a outro casal ou ainda a sua destruição, o que, do meu ponto de vista, é censurável, visto que entendo que o embrião é já um ser humano, titular de todos os direitos e de dignidade e uma outra possibilidade é a sua utilização para investigação científica, o que também julgo ser censurável, já que uma tal utilização redundaria numa instrumentalização do embrião, ou seja, a sua redução a uma coisa fungível³⁴. No que concerne à criopreservação de ovócitos, Vera Lúcia Raposo apresenta um conjunto de motivações que estão na sua origem, nomeadamente questões de saúde, como por exemplo tratamentos cancerígenos que possam tornar a mulher infértil, acrescentando como uma das principais motivações o adiamento da maternidade para uma idade mais tardia. É de assinalar que a Lei n.º 32/2006 não impõe qualquer limite máximo de idade (apenas o mínimo de 18 anos) nem para homens nem para mulheres. A mesma lei não fixa um prazo máximo de criopreservação dos ovócitos, conquanto o CNPMA tenha entendido que se deve aplicar nesta pretensão o disposto no art.º 25º atinente à criopreservação de embriões e, nesse sentido, os ovócitos permanecerão criopreservados pelo prazo de três anos, findo o qual pode a mulher renovar o seu consentimento para prolongar o período de criopreservação. A autora não deixa de assinalar os riscos para a mulher, nomeadamente o sangramento ou infeção ovárica, existindo ainda riscos para os embriões e futuras crianças, embora, segundo os especialistas, não foi possível

³³ CAMPOS, Diogo Leite de (2008) – A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, p. 74.

³⁴ Contra esta minha posição está Vera Lúcia Raposo que, a propósito do uso dos embriões excedentários para a investigação científica, defende que: “Não se trata de instrumentalizar os embriões, mas sim de verdadeiramente os respeitar como seres vivos que são, permitindo que antes da sua eliminação contribuam para o bem-estar da humanidade da qual já fazem parte ou, pelo menos, viriam potencialmente a fazer.”. Ainda sobre o destino dos embriões excedentários, Vera Lúcia Raposo, levanta as seguintes questões: “Terá o embrião congelado um direito autónomo à vida, de tal forma que, ainda que os pais não tenham consentido a sua doação a outro casal infértil, aquele embrião tem direito a ser implantado num útero, um qualquer útero, até ao seu nascimento? Ou então, quando tal seja possível, artificialmente desenvolvido em laboratório (octogénese)?”; *ibidem*, p. 129. Esta argumentação seria acolhida pelos defensores da ética utilitarista ou consequencialista de John Stuart Mill, mas já não pelos defensores, em que me incluo da ética deontológica de Kant. *Ibidem*, p. 130.

demonstrar perigos acrescidos no caso de ovócitos vitrificados³⁵. Quanto aos benefícios da criopreservação de ovócitos, esta é, segundo a autora, uma boa alternativa à criopreservação de embriões, evitando os principais problemas suscitados por esta última designadamente o respeito devido ao embrião e a possível violação do valor que lhe é juridicamente reconhecido, além do que a criopreservação de ovócitos eliminou as disputas de custódias, uma vez que só envolve a célula reprodutiva feminina. Ao nível do regime jurídico português, destaco que a Lei n.º 32/2006 não proíbe a mera criopreservação de gâmetas sem fundamento médico direto, no entanto, caso se considere que a incapacidade reprodutiva das mulheres pós-menopáusicas não se enquadre na previsão do n.º 2 do art.º 4, já impedirá a posterior utilização desses gâmetas.

Por conseguinte, considero que se impõe um dever de prudência no que concerne a qualquer forma de manipulação ou modificação genética de embriões, até porque não é evidente que o princípio da beneficência se aplique. Com efeito, as técnicas de PMA não deixam de interferir com o direito natural de todo o ser humano a ser concebido mediante um ato sexual consciente e voluntário de dois seres humanos e é por isso que nas várias modalidades de PMA podemos encontrar variegados tipos de problemas éticos; várias dúvidas e questões bioéticas. No que respeita ao exemplo paradigmático da procriação heteróloga, julgo tratar-se de um ato à revelia do direito do ser humano de ser concebido por meio de um ato sexual entre os pais, porquanto o priva de uma relação filial com as suas origens, ao mesmo tempo que produz uma “[...] dissociação entre função parental genética, função parental de gestação e função parental de responsabilidade educativa, com reflexos na família e na ordem social.”³⁶. Igualmente Mário Raposo aventa um conjunto de problemas associados à PMA, dando conta que a inseminação artificial homóloga não desencadeia especiais dificuldades normativas, pelo que as grandes questões estão ligadas à inseminação heteróloga mesmo dando como certo o postulado de que será sempre um meio subsidiário para ultrapassar uma irremissível esterilidade feminina ou masculina e as próprias dificuldades da adoção³⁷. Em suma, tal como tive a

³⁵ RAPOSO, Vera Lúcia (2016) – “Querido, congelei os óvulos” (sobre o adiamento da reprodução mediante a criopreservação de ovócitos). In **Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**. Vol. 4. Coimbra: Almedina, p. 221.

³⁶ MALTA, João (2009) – Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina, p. 125..

³⁷ Adverte este autor que: “[...] a fecundação artificial, ou fertilização extracorporal, não será de encarar numa perspetiva mecanicista: implica uma alteração da natureza *natural* da vida. A ânsia obsessiva e narcisista de «ter filhos» a qualquer custo não poderá resvalar na *fascinação de produzir*, na «mutação da humanidade».”. RAPOSO, Mário (1991) – Procriação Assistida – Aspectos éticos e jurídicos. In **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Lex, p. 107. Mais acrescenta este autor: “Em qualquer sentido há que comedir a

oportunidade de explicitar nos itens anteriores, são várias as questões suscitadas pela PMA. Desde logo, foram vários os Projetos legislativos sobre esta matéria e que procuraram regulamentar várias questões, tais como: a PMA como método subsidiário, isto é, a questão de saber se a PMA constitui ou não um método alternativo de procriação³⁸.

Uma outra questão diz respeito a saber quem pode ter acesso a PMA. Foi uma questão que não deixou de gerar polémica, dado que alguns autores defendiam que só deveriam ter acesso casais legalmente constituídos, enquanto outros advogavam que também casais em união de facto poderiam beneficiar de tais técnicas, com base na norma constitucional que não faz depender do casamento a constituição de família. Outros autores ainda defendem que essas técnicas deverão estar à disposição também de casais homossexuais e de mulheres celibatárias. Também quanto à idade mínima dos beneficiários os projetos divergiram, já que no 1º Projeto o limite de idade mínimo era de 18 anos e no 2º Projeto esse limite passou para 21 anos, proposta que não vingou, ficando o limite nos 18 anos de idade. Uma outra questão suscitada foi o número máximo de gestações admitidas, sendo de evocar nesta matéria o relatório Warnock que estabelece como limite o n.º de 10 nascimentos com o recurso ao mesmo dador³⁹. Por conseguinte as técnicas de PMA devem ser, tal como defendo, reguladas pelos princípios da prevenção e da precaução, respeitando inclusive o art.º 26º n.º 3 da CRP, o que vem ao encontro do entendimento de João Carlos Loureiro sobre esta problemática⁴⁰. Destaco que tais princípios de prevenção e precaução tiveram concretização na LPMA, nomeadamente na determinação de que as técnicas de PMA convirjam com os padrões científicos,

fascinação de *produzir* e a tentação de *manipular* para além dos limites conceptíveis pela preservação da dignidade humana. Se o progresso tecnológico não pode ser bloqueado, todos os passos deveram ser dados com *prudência*. O «sonho da razão» não poderá destruir a *lealdade* perante a própria consciência. É nesta perspetiva que se deverá caminhar, através de reflexões conjuntas sobre a busca de um quanto tanto possível ponto *normal* de equilíbrio.”; *ibidem*, p. 118.

³⁸ Citando Pereira Coelho ao reportar-se ao 1º projeto, leio em Tiago Duarte que: “[...] Em primeiro lugar a legislação deve deixar bem claro que a procriação assistida é um modo subsidiário e não um modo alternativo de procriação, a pôr ao lado da procriação natural de maneira que os interessados possam escolher livremente entre um e outro.”; DUARTE, Tiago (2003) – **In vitro veritas? A Procriação Medicamentada Assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina, p. 78.

³⁹ Segundo Tiago Duarte: “[...] A limitação do n.º de gestações a partir do mesmo dador ganhará uma acuidade especial se for abolido o direito ao anonimato do dador. É que, tal como aconteceu na Suécia, nesse caso a tendência será para uma diminuição drástica do n.º de dadores e a tendência natural será para aproveitar ao máximo as (poucas) dádivas recebidas.”; DUARTE, Tiago, **Op. Cit.**, p. 84.

⁴⁰ “Ao legislador cabe assegurar, em face dos riscos e da importância dos bens fundamentais em jogo, mecanismos procedimentais e organizacionais, dispondo de uma margem de conformação. [...] este tomar a sério os riscos da PMA te, desde logo, tradução na avaliação dos procedimentos usados e das alternativas.”; LOUREIRO, João Carlos (2006) – **Op. Cit.**, p. 45.

garantindo razoáveis probabilidades de êxito; que não acarretem riscos significativos para a saúde da mãe e do filho; as reservas no que concerne à utilização de ovócitos crioconservados; estabelecimento de uma reserva de médico e ainda a criação de mecanismos de controlo, designadamente um Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida. Assim, a PMA – e sobretudo a heteróloga – suscita muitos problemas a que o legislador não poderá ficar de dar resposta. Nomeadamente deverá proceder a uma ponderação aturada dos bens jurídico-constitucionais em causa no que concerne à PMA heteróloga; deve ser totalmente garantido o direito à historicidade pessoal, pois ele faz parte do direito à identidade pessoal, o que, tal como defendo, implica a proibição do anonimato do dador e ainda deve ser totalmente garantida a proibição de comercialização de gâmetas, o que tem correspondência na vinculação internacional do Estado Português.

CAPÍTULO 2: A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

2.1. Em torno da sua denominação: conceito e terminologia adotada

Grosso modo, a maternidade de substituição traduz um fenómeno de gestação para outrem e que atualmente assenta num compromisso entre os intervenientes, o que exige uma noção mais restrita. Daí que evoque o art.º 8º n.º 1 da Lei da Procriação Medicamente Assistida, que define maternidade de substituição como: *qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*. No entanto, a doutrina não se revela unânime quanto aos fenómenos a incluir na chamada maternidade de substituição, pois para alguns autores esta expressão deveria conter-se nos casos onde uma mulher se compromete a levar até ao fim uma gravidez de um filho geneticamente seu, mas por conta dos comitentes (situação que permite enquadrar a alusão bíblica de que Sara, mulher de Abraão, pediu a este que tivesse um filho com Agar, sua criada, para que através dela também Sara se tornasse mãe, conforme *Génesis*, 30,3).

Analisando o art.º 8º n.º 1 da LPMA, Jorge Duarte Pinheiro considera que, dada a alusão a uma renúncia translativa de poderes e deveres próprios da maternidade, o conceito “[...] contém uma visão apriorística da matéria da determinação da filiação materna: seria mãe quem dá à luz”⁴¹. Assim sendo, é possível definir maternidade de substituição como um acordo através do qual uma mulher (mãe de substituição) se compromete a gerar um filho e posteriormente a entregá-lo a outra mulher (a mãe de receção), renunciando a favor desta a todos os direitos sobre a criança e nomeadamente a qualificação jurídica de mãe.

⁴¹ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição. **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, p. 326. Daí que este autor opte por uma definição da maternidade de substituição mais neutra: “Na maternidade de substituição, uma mulher dispõe-se a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto a outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe. Para tornar mais fluido o discurso, passaremos a designar como mãe de gestação a mulher que se dispõe a suportar a gravidez e como mãe de receção a mulher a quem aquela se comprometeu a entregar a criança.”; PINHEIRO, Jorge Duarte (2005) – Procriação Medicamente Assistida. **Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. Vol. I. Coimbra: Almedina, p. 777; e do mesmo autor **O Direito da Família Contemporâneo** (2009), 2ª ed. Lisboa: AAFDL; **O Direito das Sucessões Contemporâneo** (2017), Lisboa: AAFDL; **O Direito da Família Contemporâneo** (2005) - **Direito da Filiação. Filiação biológica, adotiva e por consentimento não adotivo. Constituição, efeitos e extinção**, Lisboa: AAFDL, p. 58.

No que concerne à terminologia adotada, julgo pertinente justificar a minha preferência pela expressão maternidade de substituição ao invés de gestação de substituição (que é o termo usado na lei em vigor). Ela deve-se, principalmente, ao facto de o meu enfoque incidir na mãe que dá à luz e nos direitos que lhe assistem nomeadamente de poder ter a faculdade de arrepender-se da entrega do filho/a que gerou no seu ventre após o parto e ainda para destacar os importantes vínculos precoces que se estabelecem a nível intrauterino, e, por contraste, o termo gestação de substituição coloca mais a tónica numa gestação com vista à finalidade da entrega da criança após o parto, não atendendo aos aspetos que acabo de referir sobre a mãe que dá à luz, antes a diminuindo na sua dignidade de simples incubadora, de geradora de uma criança que terá de abandonar após o parto. A delimitação do conceito de maternidade de substituição nem sempre se mostra tarefa fácil, sobretudo porque existem várias expressões para designar o fenómeno da maternidade sub-rogada como, por exemplo, maternidade de substituição, mãe portadora, hospedeira entre outras. Também na doutrina encontramos várias definições para clarificar esse conceito o qual está, aliás, presente na Lei n.º 32/2006 de 26 de julho, no seu art.º 8 n.º 2. Segundo Vera Lúcia Raposo, a maternidade de substituição, traduz-se: “No ato de uma mulher gerar um filho que não pretende manter para si, mas sim entregar a outrem.”⁴². Já Oliveira Ascensão prefere a designação: *gestação para outrem com base em acordo de gestação*⁴³. Esta sugestão de Oliveira Ascensão deve-se a que a definição da maternidade de substituição extravasa o domínio da Lei da Procriação Medicamente Assistida, não sendo requisito desta a utilização de gâmetas de um ou de ambos os membros do casal de receção. Por seu lado, Margarida Silva Pereira destaca a mudança na terminologia usada na nova Lei, tendo em conta que em 2006 a Lei utilizou o conceito “maternidade de substituição” (art.º 8º da primeira versão da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho) enquanto surge agora uma nova expressão: “gestação de substituição”⁴⁴. Já quanto à terminologia adotada sobre a mãe portadora,

⁴² RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – Direitos Reprodutivos. In **Lex Medicinæ**. Ano 2, n.º 3. Coimbra: Coimbra Editora, p. 125.

⁴³ ASCENSÃO, Oliveira (2008) – O início da vida. In **Estudos de Direito da Bioética**. Almedina: Coimbra, p. 23. E ainda a Lei n.º 32/2006 sobre a Procriação Medicamente Assistida. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 67, dez. 2007, p. 42.

⁴⁴ O que segundo esta autora indica por si a diversidade dos enquadramentos jurídicos: “Ao passo que a primeira versão do art.º 8º proibia a maternidade de substituição, a nova Lei considera que há situações em que as figuras da gestante e da mãe se diferenciam: do que se trata, é de tornar claro que mãe é tão-só a mulher que virá a constar do registo de maternidade da criança (mãe jurídica). A mulher que gera e dá à luz é meramente a gestante. [...] conclui-se deste modo que a *gestante* é, no entendimento do legislador português, uma *mãe virtual*. Pois a gestante será a mãe da criança nos casos de celebração de contrato de gestação de substituição a título oneroso, sempre ilícitos e criminosos. [...] do exposto resulta que o conceito de gestante não é isento de ambiguidade, como terá sido pretensão do legislador. Traduz um

mesmo ciente de que existem autores que distinguem⁴⁵ esta de mãe substitutiva, ao longo deste trabalho uso indistintamente termos como: mãe portadora, mãe hospedeira, mãe substituta, mãe de substituição e, quanto aos comitentes, empregarei preferencialmente a denominação de casal beneficiário.

2.2. As modalidades de maternidade de substituição

Segundo Michel Sesta, existem três modalidades de maternidade de substituição, a saber: i) doação de ovócitos a favor de uma mulher que leva até ao fim a gravidez para ter um filho «próprio»; ii) caso em que o marido fecunda o óvulo de uma mulher que não a cônjuge, com a autorização desta, mulher que levará a gravidez até ao fim, comprometendo-se a entregar a criança ao casal aquando do seu nascimento; iii) embrião formado *in vitro* com material genético do casal interessado e posteriormente implantado no útero de uma terceira mulher que se compromete a levar até ao fim a gravidez e entregar a criança ao casal⁴⁶. As hipóteses de modalidades de maternidade de substituição são múltiplas, sendo a situação menos complexa o caso que envolve um casal heterossexual, que contrata com uma terceira mulher para que esta gere uma criança a partir de gâmetas retirados do elemento masculino do casal contratante. No entanto, existem outras situações bem mais complexas envolvendo pessoas singulares, homem ou mulher, hétero ou homossexual, ou ainda um casal homossexual.

Atendo às quatro classificações de maternidade de substituição enumeradas por Jorge Duarte Pinheiro. Assim, uma das classificações faz uma distinção conforme a gravidez da mãe de gestação resulte da prática de ato sexual ou do recurso a uma técnica de PMA,

voluntarismo que não abole equívocos nem é gerador de consensos. *Gestante*, segundo a lei portuguesa é a mulher a quem se imputa um comportamento de maternidade de substituição lícito. O que tem como contrapartida que a autora do contrato ilícito e criminoso será mãe. [...] assim, o conceito de gestante tem uma conotação de licitude, ao passo que o conceito de maternidade possui uma desinência criminal.”; PEREIRA, Maria Margarida Silva (2017) – Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. In **Julgar Online**, janeiro de 2017, pp. 12-14.

⁴⁵ Embora Stela Barbás também use indistintamente os diversos termos que acima apontei, esclarece que a mãe portadora: “[...] é aquela que recebe o óvulo já fecundado. Podem ser configurados diversos casos, mas o mais frequente é o da mãe portadora que aceita albergar no seu útero o embrião formado pelos gâmetas de um casal, mas cuja mulher não pode sob risco de aborto, outro perigo ou razão, assumir ela própria a gestação. A mãe substituta ou de substituição é a que é inseminada com esperma puro sendo ela, portanto, a fornecer o elemento fertilizante necessário a concepção.”; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2006) – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, p. 145.

⁴⁶ SESTA, Michel (2000) – Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?. **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**. Vol. II, p. 203.

considerando este autor que: “Hoje em dia, a maternidade de substituição opera sobretudo mediante o recurso de técnicas de procriação medicamente assistida: p.e., inseminação artificial da mãe de gestação com espermatozoides do elemento masculino do casal de receção.”⁴⁷. Já a segunda classificação recorre ao critério da titularidade do ovócito que está na génese da gravidez da mãe de gestação, podendo o óvulo pertencer à mãe de gestação, à mãe de receção ou a uma terceira mulher. Caso o óvulo pertença à mãe de gestação, fala-se de maternidade de substituição genética. Se não pertencer à mãe de gestação, então estamos face a uma maternidade de substituição puramente gestacional⁴⁸. A terceira classificação tem em conta a existência ou não de contrapartidas patrimoniais destinadas à mãe de gestação e se o acordo determinar uma retribuição para a mãe de gestação, então temos uma maternidade de substituição a título oneroso e se não estiver prevista uma qualquer vantagem patrimonial (como acontece na Lei vigente em Portugal) trata-se de uma maternidade de substituição a título gratuito. Por último, a quarta classificação contrapõe a maternidade de substituição intrafamiliar à maternidade de substituição extrafamiliar, consoante exista ou não uma ligação familiar entre a mãe de gestação e a mãe de receção. Segundo Stela Barbas, as técnicas disponíveis permitem “construir” uma criança com a contribuição de seis pessoas diferentes⁴⁹. Ainda quanto ao processo de maternidade de substituição, segundo Vilaça Ramos existem dois tipos de processos: num, a mãe hospedeira fornece além do útero o óvulo que vai ser fecundado por inseminação artificial e, neste caso, a grávida será, no entendimento deste autor, a mãe real e completa da criança⁵⁰. Quanto ao segundo processo, a hospedeira recebe um embrião ou vários já formados em laboratório mediante a técnica de fecundação *in vitro*: trata-se da maternidade de substituição gestacional, a qual permite que a criança tenha

⁴⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – Mãe portadora. A Problemática da Maternidade de Substituição, **Op. Cit.**, p. 327.

⁴⁸ A este respeito considera este mesmo autor: “Alguma doutrina, reserva a expressão mãe portadora justamente para a mãe de gestação que não contribuiu com o óvulo [caso de Oliveira Ascensão]. Nesta hipótese de mãe meramente portadora, o ovócito pode pertencer ou não à mãe de receção. Se não pertencer a mãe de receção, haverá uma terceira mulher, que designaremos como mãe doadora. *Idem*, **Op. Cit.**, p. 328.

⁴⁹ Mais acrescentando esta autora que: “Podemos hoje falar numa tridimensionalidade procriativa. Neste sentido, teríamos uma dimensão orgânica, física e simbólica. Na primeira incluiríamos o pai/mãe genético (dador de esperma/óvulo); na dimensão física a mãe/pai gestacional (mãe portadora e seu companheiro) e na simbólica o pai/mãe adotivos.”; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2006) – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, p. 145.

⁵⁰ “[...] é dela o património genético da linha feminina e ela quem faz a gestação. Falar de maternidade de substituição neste caso é uma falsidade biológica, tal como o é chamar-lhe apenas gestação de substituição, pois esta mulher só não será a mãe social e, mesmo assim, só se não recusar a entrega da criança. A maternidade de substituição conseguida nestes moldes é designada maternidade de substituição tradicional.”; RAMOS, H. Vilaça (2012) – Maternidade de Substituição – Perspetiva Bioética. In **Brotéria. Cristianismo e Cultura**. Vol. 174, p. 144.

genes apenas dos pais intencionais⁵¹. Estes são exemplos do colapso do antigo axioma *mater semper certa est* e ainda do art.º 1796º n.º 1 do CC que consagra o princípio segundo o qual, a maternidade resulta do nascimento e está dependente de simples declaração nos termos do estipulado nos artigos 1803º a 1805º do CC: o estabelecimento da maternidade corresponde à filiação biológica oriunda do nascimento. Também Oliveira Ascensão evoca que “Na ordem jurídica portuguesa, até agora, o princípio fundamental determinante da filiação era o da continuidade biológica. [...] mas na gestação para outrem só haverá continuidade biológica no caso de o sémen provir do varão”⁵².

Em síntese, a maternidade de substituição pode revestir várias modalidades. Entre elas temos: a fertilização *in vitro* ou relação sexual, em que, na fertilização *in vitro*, o sémen pode provir de um doador estranho à relação entre o casal que pretende a criança ou ainda do elemento masculino do casal. Temos, por outro lado, a substituição gestacional ou substituição genética, sendo a solução mais comum aquela em que o processo se resume a uma doação de ovócitos⁵³. Existem ainda hipóteses de mera substituição gestacional. As consequências de várias modalidades e que ficam plasmadas nos contratos de maternidade de substituição aumentaram o perigo de diluição do próprio conceito de maternidade: “A figura «mãe» deixa de existir como um todo e transforma-se na soma de segmentos desmembrados. Existem mães que apenas fornecem os óvulos (mães genéticas ou biológicas), outras que tão-só geram a criança (mães geradoras) e

⁵¹ “Neste caso, não decorre dentro do útero a primeira fase da gravidez, [...] O que não é fator despiciendo, pois sabe-se que já nesta primeira fase de uma gravidez normal há um importante diálogo biológico entre mãe e filho, com troca de elementos moleculares entre ambos.”; *idem, ibidem*. O autor destaca que: “Há também quem use as designações de maternidade de substituição de alta tecnologia e de baixa tecnologia, consoante há ou não fertilização *in vitro*”. E ainda é feita a distinção entre maternidade de substituição altruísta e maternidade de substituição comercial. Segundo Stela Barbás, que entende por mãe portadora “[...] a mulher que se obriga, por contrato, a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o nascimento” também dá conta que: “As técnicas atualmente disponíveis podem levar a uma dissociação do conceito tradicional de família ao permitirem “construir” uma criança com a contribuição de várias pessoas diferentes. É já possível falar em três mães: a doadora do óvulo, a mãe portadora e a mãe que celebra o contrato de gestação. E, conseqüentemente, três pais. Assim sendo, quem é a mãe? A genética, isto é, a doadora do óvulo? A uterina, ou seja, a portadora? Ou, a social, aquela com quem a criança vai viver?”; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2014) Disponível em [em linha]: www.recil.grupolusofona.pt/. Consultado em 27 de fevereiro de 2018.

⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Disponível em [em linha]: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/>. Consultado 27 de fevereiro de 2018.

⁵³ “Estes ovócitos podem ser transplantados para o corpo da mulher contratante e aí fertilizados, ou então procede-se à sua fertilização *in vitro*, e posterior implantação no útero da mulher contratante. Porém, estas hipóteses já escapam ao conceito de «maternidade de substituição», o qual implica que a dita mãe de substituição gere a criança no seu organismo.”; *idem, ibidem*, p. 32.

mães que criam a criança e a educam (mães sociais ou legais).”⁵⁴. A autora pretende enfatizar que, quer a maternidade de substituição quer as técnicas de reprodução assistida, derrogam a figura maternal e, portanto, a posição da mulher. Já a segunda conclusão que a autora retira não é credora da minha concordância, já que defende que a cisão entre maternidades pode contribuir para a libertação da mulher na sociedade atual (quando, do meu ponto de vista o que sucede é uma diminuição da dignidade da própria mulher)⁵⁵.

2.3. Evolução do seu enquadramento jurídico: da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho às leis n.º 17/2016, de 20 de junho e lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

O projeto português de 1987 proibia expressamente o recurso a mães hospedeiras ou de substituição, quer estas contribuíssem ou não com os seus óvulos. Desse modo, o empréstimo não teria cobertura legal: Inicialmente, os vários projetos com vista a regular a maternidade de substituição optou-se por considerar nulos, quer os contratos gratuitos quer os onerosos de maternidade de substituição, atribuindo a maternidade à mãe portadora em detrimento da mãe genética. Assim, o primeiro Projeto considerava que não era permitido o recurso a maternidade de substituição *quer esta contribua ou não com os seus óvulos*. Por seu lado, o segundo Projeto e a Proposta de lei já não fazem referência a esta distinção, embora estabeleça o que se deve entender 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* (art.º 6º n.º 2 da Proposta de lei). Mais mencionava o segundo Projeto que, em caso de existência de um contrato de maternidade de substituição, a maternidade seria atribuída à mulher que suportou a gravidez (art.º 6º n.º 4), consequência legal que não se encontrava firmada no primeiro projeto⁵⁶. Quanto aos Projetos de lei dos partidos

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 34. A mesma autora convoca, a este propósito, Michael Thomson que abordou o mito de Frankenstein, fazendo uma analogia entre uma «mãe» formada por partes de várias mulheres e um monstro formado por partes de vários cadáveres, cf. THOMSON, Michael (1998) – **Reproductive Narrative – Gender, Reproducion and Law**, pp. 155-156.

⁵⁵ Segundo a autora (e com este argumento não concordo): “Estes contratos demonstram que é possível separar as duas funções e, conseqüentemente, autonomizar delas as mulheres. Demonstram que a gravidez e a maternidade são algo que uma mulher pode escolher, mas que não fazem parte da natureza das coisas, que não lhes estão predestinadas enquanto papel social. Nesta medida, estes contratos podem ser a forma de tornar as responsabilidades parentais mais *gender-neutral*.”; *idem, ibidem*, p. 35.

⁵⁶ Deste modo, o segundo projeto pretendeu “[...] seguir a regra geral que tem vindo a ser adotada pela generalidade dos países com legislação nessa matéria optando por considerar como mãe aquela que suporta

políticos sobre esta matéria, é, preciso de maneira sucinta, referir os Projetos de lei n.º 131/XII/1ª (PS), n.º 137/XII/1ª (PS), n.º 122/XII/1ª (BE), n.º 127/XII/1ª (BE) e n.º 138/XII (PSD). Todas estas propostas apresentadas por vários partidos políticos respeitam às mesmas matérias que se ligam, no essencial, à permissão legal da maternidade de substituição e com o alargamento das condições de acesso pelas mulheres à PMA, sendo, neste caso o projeto de maior relevo social o relativo ao fim da proibição do recurso à maternidade de substituição. Quanto ao Projeto lei n.º 131/XII/1ª (PS), propõe uma segunda alteração à Lei n.º 32/2006 de 26 de julho e alterada pela Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro, que consagra exceções à proibição de recurso a maternidade de substituição. Este Projeto encara o acesso à maternidade de substituição em condições estritamente excecionais perante o interesse, considerado primordial, de tratar da doença de infertilidade e ainda combater a prática clandestina face às chamadas «barrigas de aluguer». Além disso, essa proposta consagra a gratuitidade do serviço. Por sua vez, o Projeto de lei n.º 137/XII/1ª (PS) é complementar do anterior de maneira a garantir, genericamente, o alargamento do âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, recusando o seu cariz subsidiário. Os proponentes vêm admitir o livre acesso às técnicas de PMA a mulheres solteiras, bem como a casais de mulheres casadas ou unidas de facto. Assim, o aspeto mais inovador deste Projeto é alterar a definição das técnicas de PMA como simplesmente subsidiárias, passando a encará-las enquanto técnicas complementares de procriação. Quanto ao Projeto lei n.º 122/XII/1ª (BE), é uma iniciativa legislativa que visa eliminar a condição de pessoas casadas ou vivendo em união de facto enquanto critério de recurso às técnicas de PMA; o reconhecimento desses técnicas como método alternativo e não meramente subsidiário de procriação e ainda o recurso à maternidade de substituição exclusivamente por razões clínicas que conduzam à impossibilidade absoluta e definitiva de gravidez. Já no segundo Projeto do BE (Projeto Lei n.º 127/XII) pretende-se regular a situação atinente aos casais do mesmo sexo. Por fim, o Projeto Lei n.º 138/XII (PSD) também visa a mudança da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho, embora em menor dimensão que as demais propostas. Considera o recurso às técnicas de PMA como método subsidiário e não alternativo de procriação. Além disso, defende que a PMA apenas se justifica quando os seus destinatários forem membros de

a gravidez, mesmo que não tenha sido seu o ovócito fecundado *in vitro*”; DUARTE, Tiago (2003) - *In vitro veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, p. 86.

um casal heterossexual estavelmente constituído (conforme art.º 6º da Lei n.º 32/2006). É ainda admitida a maternidade de substituição quando um casal apto a procriar não o pode fazer devido a uma situação de infertilidade que afete a mulher como o caso da ausência de útero. Ora, todos estes projetos foram submetidos ao Conselho Superior da Magistratura para a emissão de um Parecer (processo n.º 99-43/D)⁵⁷. Considera ainda este Conselho que as propostas em discussão apontam três situações legitimadoras da celebração de negócios jurídicos de maternidade de substituição a título excecional e sempre de carácter gratuito: ausência de útero; lesão ou doença do útero que impedem, de modo definitivo e absoluto, a gravidez da mulher; e «situações clínicas que o justifiquem»⁵⁸. Este aspeto é muito valorizado nesse Parecer, sobretudo as hipóteses de dissídio nos casos de nulidade do negócio jurídico de maternidade de substituição com a consequência prevista no art.º 8º n.º 9, em que a mulher que suportou a gravidez de substituição passa imediatamente a ser considerada como a mãe da criança. Quanto à questão acerca da admissibilidade da maternidade de substituição, o Parecer dá conta que todos os Projetos de lei em apreço pretendem tornar, legalmente, admissível a maternidade de substituição tendo como fundamento comum de admissibilidade os casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher, salientando que o Projeto de lei n.º 137/XII/1ª (PS), apresenta uma formulação que extravasa os casos de ausência de útero ou de lesão grave deste órgão, dado que, segundo a alteração que propõe para o n.º 2 do art.º 8º, a maternidade de substituição seria admissível *nos casos em que por outra forma seja impossível de forma absoluta e definitiva a gravidez, nomeadamente por ausência, lesão ou doença de útero*, o que é interpretado, por este Parecer como significando que “[...] uma mulher em idade não fértil e sexagenária ou septuagenária, ficaria legitimada a «encomendar» um filho, através da maternidade de substituição.”⁵⁹. Também foi pedido

⁵⁷ Na sua apreciação o Conselho Superior da Magistratura veio clarificar a expressão vulgarmente usada de «barrigas de aluguer»: “Por esta designação entende-se a indução de gravidez numa mulher, pelo processo de transferência de um embrião constituído em laboratório, com o compromisso, contratualizado, de que a criança que venha a nascer será entregue a outrem.”; Conselho Superior da Magistratura (2012), disponível em [em linha]: www.app.parlamento.pt/. Consultado em 22 de fevereiro de 2018.

⁵⁸ Mais destaca o Conselho Superior da Magistratura que no caso da maternidade de substituição, existem vários interesses merecedores de tutela jurídica, pois “[...] pondera-se o interesse da mulher que disponibiliza o útero, o da criança que vai nascer e o do casal que recorreu a esta prática (podendo, com o decurso do tempo de gestação configurar-se, inclusivamente, a possibilidade de o casal, ele próprio, poder entrar em situações de dissídio, defendendo interesses divergentes).”; *ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 12. Igualmente considera este Parecer que os restantes Projetos admitem também o recurso à maternidade de substituição por decisões *ad hoc* do CNPMA em situações clínicas que o justifiquem. Este aspeto merece o repúdio da Ordem dos Advogados, porquanto considera que: “[...] independentemente de quem possam ser as pessoas que integram ou possam vir a integrar o CNPMA, afigura-se contrário aos

Parecer destes Projetos de lei, pelo Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, direitos, liberdades e garantias da Assembleia da República em 10 de janeiro de 2012, isto para os Projetos de lei de iniciativa do BE e no dia 12 de janeiro sobre as iniciativas legislativas do PS e em 19 de janeiro sobre o Projeto de lei de iniciativa do PSD, e igualmente foi pedido ao Conselho Superior do Ministério Público⁶⁰. Pronunciando-se sobre a admissibilidade da maternidade de substituição, este Conselho invocou o art.º 8º, segundo o qual: *são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição*. Realçou este Parecer que o recurso à maternidade de substituição “[...] suscita problemas jurídicos complexos, nomeadamente no âmbito do estabelecimento da filiação e do regime aplicável ao incumprimento do «negócio jurídico» subjacente.”⁶¹, até porque a admissibilidade da maternidade de substituição traduz uma exceção ao regime de estabelecimento da maternidade conforme previsto no art.º 1796º n.º 1 do CC. Mais acrescenta este Parecer que durante o período de gravidez surgem importantes questões a justificar uma adequada ponderação, nomeadamente a necessidade de regulamentar o direito de arrependimento das partes e que não foram acauteladas pelos Projetos de lei em causa, pois os Projetos do PSD e do BE são totalmente omissos, enquanto nos Projetos do PS o essencial da matéria é remetida para regulamentação em lei posterior. Refiro ainda o Parecer solicitado pela Presidente da Comissão Parlamentar de Saúde da Comissão Nacional de Proteção de Dados⁶² (**Processo 688/2012**) sobre o Projeto lei n.º 137/XII/1ª do PS e sobre o Projeto-lei n.º 131/XII/1ª, especificamente dedicado à maternidade de substituição. Quanto ao diploma, temos uma proposta que visa que no n.º 1 do art.º 4º da Lei 32/2006 se passe a dispor expressamente que as técnicas de PMA constituem um método complementar de procriação⁶³. O Parecer critica ainda o facto de não ficar declarada no Projeto-lei a proibição da discriminação de quem eventualmente

princípios constitucionais de igualdade dos cidadãos perante a Lei e do Estado de Direito Democrático que a definição de situações em que é legalmente possível a prática de certa categoria de atos seja feita, através de decisões casuísticas de pessoas concretas, por mais respeitabilidade que tais pessoas possam merecer.”; *ibidem*, p. 13.

⁶⁰ Conselho Superior do Ministério Público (2012). Disponível em [em linha]: <https://www.parlamento.pt/>. Consultado em 22 de fevereiro de 2018.

⁶¹ *Idem, ibidem*.

⁶² Comissão Nacional de Proteção de Dados (2012). Disponível em [em linha]: <https://www.parlamento.pt/>. Consultado em 22 de fevereiro de 2018.

⁶³ Acerca dos pressupostos da admissibilidade da maternidade de substituição este Parecer considera que, sendo o contrato da maternidade de substituição muito especial teria sido preferível clarificar a partir de que idade ele poderia ser celebrado: “[...] merece ponderação, designadamente, a questão de saber se as pessoas casadas com menos de 18 anos poderão celebrar tais negócios, ou se o limite de 18 anos corresponde a um certo grau de maturidade fisiológica e psicológica. E, atendendo aos condicionalismos de tal negócio, teria sentido deixar vincado que ele assume natureza pessoal, não podendo ser celebrado por representante.”; *idem, ibidem*.

nascesse por essa via, nem tampouco as mulheres que dessem à luz nessas circunstâncias. Já quanto ao segundo Projeto de lei do PS (n.º 137/XII/1ª (PS)), é ponderado no preâmbulo do diploma que apareçam casos em que não é possível conseguir-se uma gravidez através do acesso às técnicas de PMA, sendo a última alternativa a do recurso à maternidade de substituição, não deixando o mesmo diploma de considerar que este procedimento deve ser excecional. Por outro lado, dispõe este Projeto que a celebração dos correspondentes negócios jurídicos, obrigatoriamente gratuitos, tem de ser autorizada pelo CNPMA, no caso de ser utilizada uma técnica de PMA que implique o recurso a gâmetas de pelo menos um dos beneficiários⁶⁴. Uma novidade deste Projeto de lei em relação ao anterior diz respeito a não contemplar a permissão de maternidade de substituição baseada em situações clínicas que o justifiquem, por contraste com o n.º 2 do art.º 8º do Projeto de lei n.º 131/XII/1ª (PS). Destaco ainda o Parecer do Conselho do CNPMA acerca das alterações à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho⁶⁵. Na sua declaração, o CNPMA convoca, desde logo, o n.º 1 do art.º 4º da Lei n.º 32/2006, segundo o qual: *as técnicas de PMA são um método subsidiário e não alternativo de procriação*. O CNECV também veio considerar que o contrato subjacente à maternidade de substituição é credor de grande preocupação ao não garantir os direitos da criança nem da mulher gestante. Daí que tenha emitido um Parecer, realizado a pedido da Comissão Parlamentar de Saúde. Um parecer que avalia os Projetos de lei do PS, PAM, BE e PEV sendo que só o do BE incide sobre a maternidade de substituição. Por sua vez, o Conselho de Ética mostrou importantes reservas, porquanto não ficavam acautelados os direitos da mulher gestante e criticou ainda o enquadramento do contrato de gestação. É importante também fazer referência à declaração conjunta sobre o **Parecer n.º 63** do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, designadamente da Declaração Conjunta dos Conselheiros que votaram contra a gestação de substituição. Esse voto contra é sobretudo justificado pelo facto de “se considerar que foi o interesse sempre prioritário e frequentemente exclusivo

⁶⁴ A crítica feita no Parecer sob análise é a seguinte: “Apesar do anunciado no preâmbulo, não se prevê qualquer norma acerca da harmonização do anonimato dos doadores com o direito a conhecer a identidade genética por parte das crianças nascidas de PMA com sêmen de terceiros. Enfim, remete-se para a Lei especial a regulamentação da maternidade de substituição.”; *idem, ibidem*.

⁶⁵ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (2012). Disponível em [em linha]: <https://www.parlamento.pt/>. Consultado em 22 de fevereiro de 2018. Após a avaliação das iniciativas legislativas, o CNPMA conclui que este organismo “[...] tem como único objetivo, sempre sem violar o estruturante e essencial princípio da dignidade da pessoa humana e os demais valores éticos que norteiam e dão consistência ao tecido social comunitário (à Comunidade) nacional português e imbuído do espírito de compaixão ativa a que chamamos de solidariedade, minorar o sofrimento daqueles que se encontram nas situações subsumíveis na previsão/estatuição conjugada do n.º 2 do art.º 4º e do art.º 6º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.”.

do casal beneficiário e não o interesse do nascituro que esteve na base da discussão do CNECV; ora, considera-se que o superior interesse do nascituro é o primeiro elemento que deve nortear a reflexão.”⁶⁶. Outra das razões é o facto de até ao nascimento subsistir uma indeterminação intencional quanto à identidade da mãe, quer legal, quer biológica, o que modifica o conceito de maternidade. Além disso, é considerado, e bem, que não foi devidamente ponderado o impacto que o recurso a maternidade de substituição poderá ter sobre o casal beneficiário com a introdução de um terceiro elemento (a mãe de substituição).

No dia 13 de maio de 2016 foram aprovadas na Assembleia da República as alterações à Lei n.º 32/2006 atinentes à PMA e que teriam de ser apreciadas pelo Presidente da República. Em julho de 2016, o Presidente da República promulgou o diploma que foi referendado em 10 de agosto de 2016 (o que do meu ponto de vista não terá sido a melhor decisão, porquanto julgo que deveria antes ter requerido a fiscalização da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional) que regula a gestação de substituição, tendo a Lei sido publicada em Diário da República a 22 de agosto de 2016, a Lei n.º 25/2016, que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006 de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida), sendo afirmado logo no seu art.º 3º n.º 1 que: *as técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição, devem respeitar a dignidade humana de todas as pessoas envolvidas*. Por sua vez fica consagrado no art.º 8º n.º 2 que: *a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem*⁶⁷. A Lei 26 de julho de 2017, após o comunicado do Conselho de Ministros de 22 de junho de 2017 aprovou o Decreto regulamentar relativo à Lei que regula o acesso à gestação de substituição, tendo a regulamentação entrado em vigor em 27 de julho. Nela fica definido o procedimento de autorização prévia a que está sujeita a celebração de contratos de gestação de substituição, cuja supervisão incumbe ao CNPMA. Mais fica previsto na Lei que a mãe de substituição não pode ser dadora de qualquer ovócito usado no procedimento em que é participante e ainda que a gestação de substituição apenas possa ser autorizada através de uma técnica de PMA com

⁶⁶ Declaração Conjunta sobre o Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Disponível em [em linha]: www.app.parlamento.pt/. Consultado em 22 de fevereiro de 2018.

⁶⁷ Disponível em [em linha]: www.pgdlisboa.pt/. Consultado em 27 de fevereiro de 2018.

recurso aos gâmetas de pelo menos de um dos respetivos beneficiários. Antes existiu ainda um veto presidencial, mas que foi superado pelas alterações introduzidas e que reforçaram o diploma da gestação de substituição, nomeadamente o reforço dos direitos das crianças, dos direitos da gestantes, da estabilidade contratual e das disposições contratuais, tendo sido clarificados aspetos como os direitos e deveres da gestante e a necessidade de haver um contrato escrito onde devem constar disposições para os casos de malformação do feto ou situações em que seja necessário recorrer à interrupção voluntária da gravidez e ainda que, o contrato não pode impor restrições comportamentais à gestante e também o período até ao qual pode existir revogação do consentimento. Na sequência do veto presidencial o BE insistiu, na Assembleia da República nas alterações legislativas que permitiriam, em casos excecionais e altruístas, o recurso à maternidade de substituição. Assim, a Assembleia da República teve de proceder às alterações devidas para ir ao encontro das preocupações manifestadas pelo Presidente da República (no veto à primeira versão do Projeto) e ainda do Conselho de Ética para as Ciências da Vida⁶⁸. Após as alterações, a iniciativa do BE, foi aprovada em maio, com os votos favoráveis do proponente, do PS, do PEV e do PAM e ainda de 24 deputados do PSD, enquanto a maioria da bancada do PSD votou contra, tal como as bancadas do PCP, CDS-PP e dois deputados do PS, enquanto três deputados do PSD se abstiveram. O veto presidencial do diploma ocorreu a 7 de junho. Assim, em julho de 2016, após o veto presidencial, em julho de 2016, promulgou o diploma que regula a gestação de substituição, tendo a Lei entrado em vigor em setembro, e publicada em Diário da República a 22 de agosto. No entanto, em dezembro de 2016, o CNPMA enviou uma proposta de regulamentação para o Ministério, referindo entre outras questões, a dos estrangeiros que podem vir a deslocar-se à Portugal com o objetivo de encontrar uma gestante. Surgiu então um comunicado do Conselho de Ministros de 22 de junho de 2017 aprovando o Decreto regulamentar sobre a Lei que regula o acesso à gestação de substituição e, a 26 de julho de 2017, o Presidente

⁶⁸ Ora, essas alterações implicavam a superação de graves consequências não atendidas na iniciativa legislativa em causa, pois o que estava em causa era: “[...] a não consagração no Projeto do direito ao arrependimento da mãe portadora, ou seja, a impossibilidade de esta revogar o consentimento dado para o procedimento para, assim, poder ficar com a criança que gerou, após o parto. Dito de outra forma: o que está prestes a ser de novo aprovado pelo Parlamento é um ataque feroz ao princípio basilar da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, que o Código Civil garante há décadas. Se as soluções do BE entrarem em vigor, o casal beneficiário, após o nascimento poderá, nem que seja à força (utilizando a via judicial) *arrancar* dos braços da mãe portadora a criança acabada de nascer, como se esta fosse propriedade sua e, portanto, em autêntica *execução específica*. REIS, Rafael Vale e (2016) – **Erro Crasso na Maternidade de Substituição**. Disponível em [em linha]: <https://www.publico.pt/2016/07/20>. Consultado em 27 de fevereiro de 2018.

da República promulgou a regulamentação atinente à gestação de substituição, que entrou em vigor no dia 27 de julho de 2017. Assim, o debate sobre a maternidade de substituição teve início no final de 2011, em que foram apresentadas na Assembleia da República várias propostas de lei, acabando por permanecer em debate as do PS e do PSD. No início de 2012, temos o Parecer do CNECV sobre PMA e gravidez de substituição, solicitado pelo Parlamento e que contemplava somente as referidas situações médicas em contexto heterossexual. Este mesmo, Parecer gerou uma forte polémica, tendo sido aprovado por uma maioria tangencial, com 7 votos a favor e 6 contra dos Conselheiros, com declaração de voto conjunto dos conselheiros minoritários a que fiz referência *supra*. Por sua vez, em 12 de maio de 2016, foi votado e aprovado na Assembleia da República um primeiro diploma em que, é suprimido o n.º 10 do art.º 8º, o qual dispunha que: *caso a gestante de substituição assim o declare no período de 48 horas após o parto, é a mesma havida como mãe da criança nascida*. O PCP votou contra a proposta em discussão. Em 8 de julho de 2016, o Presidente da República vetou a primeira versão do diploma (Decreto n.º 27/XIII) sobre a gravidez de substituição, por ter entendido que ele não reunia as condições defendidas pelo CNECV em cujos Pareceres reconhecia à mãe de substituição o poder de revogar o seu consentimento até ao momento do parto e outras questões tais como: se amamenta ou não ou se aborta ou não em caso de malformação fetal. Em nota presidencial aquando da promulgação da segunda versão do diploma 31 de julho de 2016, na nova versão são apenas acolhidas parcialmente as recomendações feitas pelo Presidente da República e em relação ao **Parecer 63** do CNECV de 2012, o diploma acolhe poucas das recomendações feitas, ou seja, “[...] a lei não reconhece à grávida de substituição o direito a decidir, em conjunto com o casal beneficiário, amamentar a criança que acabou de parir.”⁶⁹. De fora ficou, na atual legislação, o acesso de homossexuais masculinos, sós ou em pares; a gravidez de substituição com dadora simultânea de ovócito; o acesso de transgénero; a não exclusão do acesso aos não residentes. Portanto, o Presidente da República vetou politicamente o primeiro diploma, enquanto na Assembleia da República se aprovavam as mães de substituição com o apoio do PS, BE, PEV, PAN e 24 deputados do PSD. Uma vez que o Presidente teve dúvidas não aceitou a legislação, levando a que os deputados fizessem algumas alterações ao documento, que voltou a ser aprovado em 20 de julho e que já não mereceu o veto do Presidente. Os deputados do CDS-PP e 15 deputados do PSD subscreveram um pedido

⁶⁹ SILVA, Miguel Oliveira da (2017) – **Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer. Para um debate de cidadãos**. Lisboa: Caminho, p. 169.

de fiscalização da constitucionalidade do diploma que ampliou o acesso a PMA a todas as mulheres, independentemente da condição de infertilidade, orientação sexual ou estado civil e ainda do diploma que permitiu a gestação de substituição em caso de infertilidade. *Grosso modo*, segundo os subscritores o que está em causa são os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana; o direito à identidade pessoal; o direito ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética; o dever do Estado de proteção da infância e ainda os princípios da igualdade e da proporcionalidade. O pedido de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade foi suscitado em 13 de janeiro de 2017 e chegou ao Tribunal Constitucional no dia 2 de fevereiro de 2017. Quanto às inconstitucionalidades consideradas pelos signatários e em relação ao art.º 8º (gestação de substituição) consideram existir uma violação do direito à identidade pessoal, donde decorre um direito ao conhecimento da sua ascendência genética. Em relação ao art.º 15º (confidencialidade) a regra é a da não revelação da identidade do doador à pessoa que nasce de técnica de reprodução assistida heteróloga, o que segundo estes deputados, conduz a um conflito de direitos fundamentais, concluindo que a proteção à personalidade exige que o direito tutele o direito à verdade, o direito ao conhecimento das origens genéticas para que possa ser respeitada a identidade pessoal do ser humano. O que pretendem saber é se é constitucional estabelecer como regra o anonimato dos dadores e como exceção a possibilidade de conhecimento da sua identidade. No caso da gestação de substituição, julgam os signatários que configura um elemento que no seu entender sustenta a tese da inconstitucionalidade por violação do direito à identidade, da dignidade da pessoa humana e da proteção da infância. Consideram também existir uma violação do princípio da igualdade perante a Lei, pois só uma parte da população portuguesa – a que não nasce por recurso a técnicas de PMA – tem direito ao conhecimento da sua identidade genética dele ficando excluídos os que nasçam dessa forma. Quanto à violação do primado da dignidade da pessoa humana e do dever do Estado de proteção da infância, os signatários enquadram esta questão a partir de um mundo fortemente individualista em que se reconhece uma visão cada vez mais utilitária e hedonista do ser humano face à ciência e à medicina. Defendem os signatários que com a gestação de substituição estamos face a uma autêntica mercantilização do ser humano, na medida em que a criança se torna objeto de um negócio jurídico e, por sua vez, a mãe gestante é convertida numa simples incubadora ao serviço dos beneficiários; num processo de coisificação que colide com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Posteriormente à produção da maioria do corpo deste trabalho de investigação, o Tribunal Constitucional viria a pronunciar-se sobre este pedido de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade (sobre o acórdão pronunciar-me-ei no capítulo 7 deste estudo), embora deva acrescentar que concordo, no essencial, com os fundamentos e argumentos aduzidos pelos signatários deste mesmo pedido. Ainda nesse pedido de fiscalização é considerado que a nova redação do art.º 8º da Lei não garante de maneira adequada os direitos da criança e da mulher gestante, deixando em aberto a suscetibilidade de violar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade, o direito à proteção da infância por parte do Estado e ainda o direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade e à identidade genética. Em 22 de agosto surge então o primeiro veto presidencial⁷⁰ a que se seguiu uma alteração da redação do texto, culminando na promulgação e entrada em vigor da Lei n.º 25/2016 regulando o acesso à gestação de substituição. Em 1 de agosto de 2017 entrou em vigor o diploma que regulamenta o acesso à gestação de substituição em que é privilegiada a ligação genética da mãe com a criança, mas em que é reduzida ao mínimo – do meu ponto de vista erradamente – a relação da gestante de substituição. Segundo João Fernandes Moreira – posição com a qual discordo – o diploma é bastante completo e tem um regime adequado, designadamente a regulamentação em torno do contrato-tipo de gestação de gestação e a consagração de uma equiparação dos beneficiários da gestação ao modelo de paternidade e maternidade⁷¹. Também Maria Margarida Silva Pereira considerou que a Lei está ferida de inconstitucionalidade, nomeadamente por conter uma “[...] afronta à dignidade humana [ao] não reconhecer a todas as mulheres que decidam gerar um ser humano o direito de não abdicar da maternidade após o

⁷⁰ Disponível em [em linha]: <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689>. Consultado em 2 de março de 2018. O Presidente da República fundamentou o seu veto recorrendo ao Parecer 63/CNEV/2012, de 26 de março de 2012 e ainda ao Parecer 87/CNEV/2016, de 11 de março de 2016, considerando o Presidente da República: “que o decreto enviado para promulgação não acolhe as condições cumulativas formulados pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida”. [...] concluindo que: “entendo dever a Assembleia da República ter a oportunidade de ponderar, uma vez mais, se quer acolher as condições preconizadas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, agora não consagradas ou mesmo afastadas. Devolvo, por conseguinte, sem promulgação, o Decreto n.º 27/XIII da Assembleia da República, que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.” (7 de junho de 2016).

⁷¹ MOREIRA, João Fernandes (2017) – Decreto regulamentar n.º 6/2017 de 31 de julho – Regulamentação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Disponível em [em linha]: <http://bdjur.almedina.net.fartigo.php?id=101>. Consultado em 2 de março de 2018. Vera Lúcia Raposo, discorda deste entendimento, ao considerar que: “O que o legislador fez, foi basicamente dizer que em certas e restritas condições os contratos de gestação são legalmente admitidos, impor um leque de proibições e pouco mais do que isso. Em suma, as normas sobre contrato de gestação são escassas e dúbias.”; RAPOSO, Vera Lúcia (2017) – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre Contrato de Gestação (mas o legislador teve medo de responder). In Revista do Ministério Público. N.º 149, jan./mar. 2017, p. 10.

parto.”⁷². A autora questiona: “como compatibilizar a negação à gestante do direito de mudar de ideias face à disponibilização do seu corpo e à renúncia à pessoa por si gerada sem afrontar a dignidade humana?”⁷³. Uma questão de tal modo pertinente que não deixará de ser credora de uma resposta que avançarei ao longo deste meu estudo.

⁷² PEREIRA, Maria Margarida Silva (2017) – Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. In **Julgar Online**, p. 3.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 20.

CAPÍTULO 3: O CONTRATO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

3.1. A natureza dos contratos de gestação

Nas situações típicas de maternidade de substituição é necessária a celebração, por escrito, de um acordo através do qual uma das partes (a mãe de gestação) assume perante a outra parte (a mãe ou casal de receção) determinadas obrigações⁷⁴. Segundo o contrato de gestação de substituição tipificado pelo CNPMA, o seu considerando f) determina que: *a criança que nascer através do recurso ao presente contrato de substituição é sempre tida como filha do casal beneficiário*⁷⁵. Por sua vez, na cláusula 1ª n.º 1 temos que: *a gestante dispõe-se a suportar uma gravidez por conta dos beneficiários e a entregar a criança ao casal beneficiário imediatamente após o parto, renunciando expressamente, desde logo e em todos os casos, aos poderes e deveres próprios da maternidade*. Além disso, a mãe de receção vincula-se a pagar as despesas com o parto, assim como aquelas que estejam subjacentes à aplicação das técnicas da PMA ou estejam associadas com a saúde da mulher grávida e do nascituro. Em conformidade com o contrato-tipo do CNPMA e designadamente com a sua cláusula 7ª, atinente aos pagamentos admissíveis, determina o n.º 1 que: *o casal beneficiário obriga-se a pagar à gestante o valor correspondente as despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente concretizadas e devidamente tituladas em documento próprio, nomeadamente transportes e medicação que decorram direta e necessariamente da celebração e do cumprimento do presente contrato*. Por sua vez, o n.º 4 dessa mesma cláusula determina que: *qualquer pagamento de despesa não elegível e/ou não titulada em documento próprio efetuado pelo casal beneficiário à gestante é havido como doação à qual se aplica o disposto no art.º 8º n.º 5 e art.º 39º da Lei 32/2006, de 26 de julho, com a redação que lhe foi dada pela Lei 25/2016, de 22 de agosto*⁷⁶. Por conseguinte, não pode ser

⁷⁴ Segundo Jorge Duarte Pinheiro, são três as obrigações principais, a saber: “[...] iniciar e completar uma gravidez; entregar à mãe de receção a criança resultante da gestação; e reconhecer a mãe de receção como mãe jurídica, abstendo-se da reivindicação de quais quer direitos parentais sobre o menor.”; PINHEIRO, Jorge Duarte (2009) – **O Direito da Família Contemporâneo**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, p. 248.

⁷⁵ Disponível em [em linha]: www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_Gs.pdf. Consultado em 11 de janeiro de 2018.

⁷⁶ Estipula a Lei 25/2016, de 22 de agosto no seu art.º 8º n.º 5 o seguinte: *É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor corresponde às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio*. Disponível em [em linha]:

estipulado o pagamento à mãe de gestação de uma quantia que supere o montante das despesas, pois isso corresponderia a uma verdadeira retribuição, implicando o carácter oneroso do compromisso, o que é totalmente proibido na legislação em vigor sobre a gestação de substituição. Desde logo, nesse contrato do CNPMA no seu considerando e) fica expresso que: *o presente contrato tem natureza gratuita, sendo proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição exceto os pagamentos admissíveis previstos na cláusula 6ª*. Por outro lado, o acordo inclui a assunção pela mãe de gestação de determinados deveres comportamentais no decurso da gravidez, como sejam os casos da abstenção de consumo de álcool, estupefacientes, prática de atividade de risco entre outras. Este elemento encontra-se regulado na cláusula 3ª do contrato do CNPMA na alínea d), nos seguintes termos: *observar os cuidados considerados normais, de acordo com as boas práticas médicas, da sua condição de grávida, incluindo o que respeita à realização de viagens em determinados meios de transporte no terceiro trimestre da gestação e ao estilo de vida a manter durante a gestação*. Contudo, também estão firmados no contrato determinados direitos da gestante, designadamente na cláusula 2ª em que se destaca o n.º 2 alínea d) que determina: *ter acompanhamento psicológico antes e durante a gravidez e após o parto*. Assim sendo, o acordo de maternidade de substituição configura um contrato, ou seja, uma regulação resultante da declaração de vontade de duas partes⁷⁷. Assim, a maternidade de substituição escora-se num contrato, através do qual a mãe de substituição se compromete a ser inseminada para entabular um processo de gravidez; fornecer aos contraentes informações periódicas sobre a gravidez e ainda não interromper a gravidez, exceto em caso de indicação médica e, sendo este o elemento com o qual manifestamos maior discordância, a entregar a criança e renunciar a todos os direitos sobre ela, levando a que a contratualização da maternidade seja, redutoramente, vista como uma espécie – aviltante – de profissionalização da gestação⁷⁸. Ora, os contratos de

www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Consultado em 11 de janeiro de 2018.

⁷⁷ Resta, porém, saber qual será o tipo de contrato em causa. Jorge Duarte Pinheiro, aventa a este respeito algumas hipóteses: “Um contrato de alienação, que seria de compra e venda ou doação de uma criança [ideia defendida por certos autores norte-americanos que defenderam a organização de “um mercado de bebês”], conforme fosse oneroso ou gratuito? Um contrato de concessão de gozo, que seria de aluguer ou comodato do útero, conforme fosse celebrado a título oneroso ou gratuito?”.

⁷⁸ GONÇALVES, Carla (2003) – **A Profissionalização da Gestação**. Relatório apresentado à Cadeira de Política e Direito Social Europeus, curso de Mestrado de ciências jurídico-civilísticas. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ainda quanto à natureza dos contratos de gestação, dou conta do seguinte entendimento: “Os contratos de gestação são negócios jurídicos bilaterais, sinalagmáticos, que geram obrigações para ambas as partes. Mas poderão estes contratos reger-se pelos princípios fundamentais dos contratos [...]? Se sim, os contratos de gestação têm a força dos contratos e as partes não poderão

gestação e a sua força de contratos não tem consagração expressa no contrato do CPMA, o que torna mais complexo inclusive o papel da gestante em todo o processo, já que não fica claro se ela é uma mera prestadora de um serviço nem se um tal serviço gestativo é algo que ultrapassa a mera prestação de um trabalho corporal. Também não fica claro o objeto do contrato de gestação, porquanto fica por responder se esse objeto é a prestação de serviço ou a criança. Na linha de Duarte Pinheiro e de Vera Lúcia Raposo, afasto a ideia de que se trata de um contrato de uma alienação de uma criança, até porque esta não é uma coisa e também não é um contrato de aluguer ou comodato de útero, pela mesma razão. Vera Lúcia Raposo questiona, a este respeito, se será um contrato de prestação de serviço tal como configurado nos arts.º 1154º e ss. do CC, respondendo positivamente, porquanto o que está em causa é o pagamento do tempo e do esforço da mãe de gestação⁷⁹, (sendo que a autora se reporta à substituição comercial, isto é, a contratos de gestação onerosos), embora considere que as obrigações impostas à mãe de substituição se encontrem muito para lá das obrigações do mero prestador de serviços, já que o que está em causa é uma dimensão tão intimamente pessoal que jamais pode configurar um serviço igual aos outros, razão pela qual prefiro a designação usada por Duarte Pinheiro para qualificar o contrato de gestação enquanto prestação de serviço atípico. Relativamente à interrupção da gravidez, esta pode ser realizada por opção da gestante nas primeiras dez semanas deste estado, sendo mesmo, à luz da cláusula 8ª do contrato do CNPMA uma causa de revogação do contrato, pois o n.º 1 estipula que: *o presente contrato é livremente revogável por qualquer uma das partes até ao início do processo terapêutico de PMA*. Por seu lado, o n.º 2 da mesma cláusula, caso a gestante se decida pela interrupção da gravidez então o que acontece é que: *a gestante de substituição se obriga a devolver ao casal beneficiário o valor correspondente ao montante total das despesas realizadas para a concretização do ciclo de tratamento e dos pagamentos que a ela foram feitos nos termos do n.º 1 da cláusula 7ª do presente contrato*. Já quanto à possibilidade de ocorrência de malformações e doenças fetais, quando existem motivos fortes para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, então *a decisão da concretização da interrupção da gravidez, que terá de ser*

desvincular-se unilateralmente, pois se o fizerem, poderá ser-lhes atribuída responsabilidade civil.”; CORREIA, Eufrásia Georgina Neto (s.d.) – **Mater semper certa est? A Maternidade de Substituição no ordenamento jurídico português**. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 43.

⁷⁹ RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – De mãe para mãe, **Op. Cit.**, p. 41. Porém, a mesma autora está ciente que “[...] esta conceção dá azo à hierarquização das mães e à exigência de qualidade dos serviços e de perfeição do «produto» final”, pp. 41- 42.

realizada nas primeiras 24 semanas de gestação caberá em conjunto ao casal beneficiário e à gestante. Todavia, se a gestante, nos casos de malformações e doenças fetais decidir não realizar a interrupção da gravidez fica obrigada a *indemnizar os beneficiários* (cláusula 10^a). A grande questão que convoca a minha discordância de base é, justamente o facto de assuntos associados à família se tornarem passíveis de uma contratualização. Desde logo, porque a situação das pessoas configura uma matéria não disponível e, por isso, não fazendo parte do comércio jurídico. Do meu ponto de vista, nem mesmo os casos, como acontece na legislação portuguesa, de contratos gratuitos ficam à margem desta minha discordância, porquanto são mantidos elementos típicos da contratualização, como sejam obrigações principais ou os deveres acessórios da conduta da gestante (as chamadas cláusulas de «estilo de vida», termo usado na alínea d), parte final, da cláusula 3^a do contrato do CNPMA). E mesmo que se admita, como liberdade fundamental, o direito de procriar que abra flanco aos inférteis de acalentarem uma razoável expectativa e uma legitimidade em tese de recorrerem aos meios técnicos que a sociedade dispõem, tal não pode “[...] significar a atribuição de uma legitimidade indiscutível para usar um qualquer meio concreto, tecnicamente possível, mas que ainda não foi objeto de uma apreciação pela comunidade ou foi mesmo reprovado.”⁸⁰. Acresce que, a evolução social de que esta contratualização da maternidade constitui um exemplo paradigmático que conduziu “[...] ao afastamento do modelo tradicional e à sua substituição por um modelo individualista, que ignora a comunidade familiar. Sendo esta uma comunidade de amor (e de solidariedade).”⁸¹. Esse individualismo pode vislumbrar-

⁸⁰ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (1992) – **Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação.** Coimbra: Coimbra Editora, p. 51.

⁸¹ CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martinez (2017) – **Lições de Direito da Família.** (ed. Revista e Atualizada por Prof. Doutora Mónica Martinez de Campos). Coimbra: Almedina, p. 14. Advertem ainda, doutamente, os mesmos autores que “amor não se confunde com utilidade ou gestão de interesses.” E acrescentam: “mas hoje, no devir individualístico da sociedade e do direito [e a maternidade de substituição é, do nosso ponto de vista, o resultado desse individualismo], vem-se esquecendo a família como comunidade de vida (de amor) para considerar só cada um dos seus membros e prejudicar a todos os níveis, mesmo economicamente a família.”; p. 14. Também julgo pertinente a seguinte reflexão: “A pessoa humana não é nem redutível ao orgânico, nem definível por critérios que caracterizam um elemento da espécie *Homo Sapiens* [...] mas nunca se perca de vista que o conhecimento é poder e que os investigadores nem sempre são demasiado qualificados nem algumas vezes suficientemente responsáveis. [...] é tempo de afirmar, face a uma biomedicina triunfante, que tudo não é possível e talvez tenha chegado o momento de assumir que existem **liberdades** que podem ser, afinal, **liberticidas**.”; SANTOS, Agostinho de Almeida (1994) – **Razões de ser. Genética e Reprodução Humana. Conflitos e Contradições.** Coimbra: Gráfica de Coimbra, pp. 83-84. Ainda quanto aos efeitos da maternidade de substituição na instituição familiar estou de acordo com a seguinte perspetiva: a maternidade de substituição atenta contra o conceito clássico de família, nomeadamente contra o papel da mãe dentro da família. Esta diluição da maternidade perturba a sociedade [...] Subverte os princípios básicos da instituição familiar e, nessa medida afeta o interesse público na manutenção dessa instituição.”; RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – De mãe para mãe, **Op. Cit.**, pp. 52-53. No entanto, já não posso acompanhar a mesma autora quando se conforma com a constatação seguinte: “Logo, aquilo que se quer salvaguardar – a família na sua aceção tradicional – já há muito se

se logo no momento em que não é tido em conta o interesse do nascituro e, por isso, não nos parece tolerável que um juízo atinente ao interesse da criança se baseie numa mera presunção abstrata, a qual acontece ainda antes do nascimento⁸². Também questiono a ausência ou demissão da intervenção do Estado⁸³, porquanto o problema referente à falta de um filho passa a ser resolvido mediante um contrato, um acordo particular, a coberto da pretensa reserva da intimidade da vida privada e familiar aplicada a este processo da maternidade de substituição. Aliás, não podemos esquecer que no nosso sistema jurídico a questão em apreço surge localizada no âmbito do Direito da Família em que o espaço para a autonomia dos particulares é limitado, *maxime* o estatuto de mãe que deve ficar fora do âmbito do comércio jurídico. O que a problemática da maternidade de substituição acarreta, em certo sentido, é uma excessiva contaminação do nosso sistema jurídico e da tradição a ele associada pela influência excessiva dos padrões anglo-saxónicos, os quais são muito mais favoráveis à liberalização dos processos e à privatização das decisões em matéria de procriação, como terei oportunidade de aprofundar no capítulo 5. Bastará pensarmos na questão do consentimento, uma vez que a gestante presta, ainda antes da inseminação, um consentimento que contende com o preceituado no art.º 1982º n.º 3 do

extinguiu”, p. 53. Igualmente não acompanho esta autora quando conclui que: “a condenação de construções familiares fundadas na maternidade de substituição implica a condenação de outro tipo de famílias – formadas a partir da adoção, de segundos casamentos ou de diversos «incidentes» - que se afastam do modelo clássico. Do mesmo passo, afeta o desenvolvimento das novas tecnologias reprodutivas, também elas suscetíveis de perturbar a ordem familiar natural.”; p. 53. Ainda sobre o egoísmo subjacente à externalização do processo reprodutivo, enfatizo a seguinte perspetiva: “Sob a hegemonia da autonomia individual, os interesses, desejos, caprichos de cada um, servidos pelos avanços biotecnológicos, encontrarão sempre um meio para se concretizarem [...] mas estas são já expressões evidentes da ânsia de domínio sobre a reprodução.”; NEVES, Maria do Céu Patrão (2017) – **O admirável horizonte da bioética**. Ed. Glaciar: Fundação Luso-americana para o desenvolvimento, p. 70.

⁸² Daí que concorde com a seguinte orientação que rejeita essa presunção abstrata que parte dos interesses dos casais beneficiários ou mesmo dos progenitores biológicos quanto ao estabelecimento da filiação: “No nosso sistema jurídico, os juízos sobre o destino das crianças resultam sempre de uma ponderação concreta dos seus interesses, em face de todas as circunstâncias do caso [sendo por isso lamentável que uma leitura atenta do contrato de gestação do CNPMA nada diga acerca do interesse superior do nascituro]. Isto supõe que as crianças já existem e supõe a organização de um processo delicado. Não pode pretender demonstrar-se que o interesse da futura criança ficará satisfeito, com a mera alegação de que, provavelmente, o casal que encomenda o filho vai amá-lo e dar-lhe bem-estar.”; OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, **Op. Cit.**, p. 57.

⁸³ A este propósito considero pertinente a seguinte perspetiva: “[...] O direito português (bem como outros ordenamentos jurídicos da mesma família) vai no sentido de exigir uma intervenção do Estado, ainda que meramente homologadora, porquanto a situação das pessoas constitui matéria não disponível, logo não incluída no comércio jurídico. Mesmo aquelas situações em que a filiação parece resultar da pura vontade das partes – tais como a adoção e, sobretudo, a perfilhação – não dispensam a chancela judicial.”; RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – **De mãe para mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 51. Com efeito estes tipos de contratos de maternidade de substituição colidem, penso, com princípios fundamentais do Direito Civil, nomeadamente com o princípio da taxatividade na regulação dos destinos dos menores e os princípios de ordem pública, cuja violação torna nulos esses contratos, à luz do art.º 280º CC. Neste sentido, Cf. OLIVEIRA, Guilherme de - (1992) - **Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação**. Coimbra: Coimbra Editora, no modo como reflete sobre “mães hospedeiras”, pp. 45,71,82.

CC, relativo à forma e tempo do consentimento da mulher que visa ceder o seu filho para uma adoção, o qual só constituirá um consentimento válido quando tiverem decorrido 6 semanas depois do parto. Em contraste, no contrato do CNPMA na cláusula 1ª n.º 1 fica disposto que: *a gestante dispõe-se a suportar [termo que julgo ser pouco compatível com o propalado altruísmo] uma gravidez por conta dos beneficiários e a entregar a criança ao casal beneficiário imediatamente após o parto.* (Sublinhado meu). O que esta cláusula impõe é uma recusa total de a mulher gestante ter oportunidade de amadurecimento face às circunstâncias do nascimento, que pudessem evitar uma decisão precipitada, para além do que me parece inaceitável este corte imediato como uma ligação que foi mantida e fortificada ao longo dos meses da gestação na ligação precoce entre mãe e bebé. É importante referir ainda que o contrato sugerido pelo CNPMA procura dirimir o possível problema das crianças que nascem com anomalias físicas ou mentais e em que poderá existir o caso em que gestante e beneficiários desistem do desejo de ter a criança. É por isso que este contrato contém uma cláusula específica que prevê a via a tomar caso os testes pré-natais revelem que a criança nascerá com alguma deficiência. Desde logo, assinalo a cláusula 6ª, justamente sobre o diagnóstico pré-natal, a qual estipula que: *qualquer intervenção medicamente indicada no âmbito do diagnóstico pré-natal que acarrete risco acrescido de perda fetal carece de acordo prévio reduzido a escrito do casal beneficiário e da gestante.* Remetemos ainda para as cláusulas 9ª e 10ª deste contrato de gestação de substituição do CNPMA. Um outro elemento que é preciso ressaltar é que o legislador impôs certas e restritas condições para que os contratos de gestação pudessem ser legalmente admitidos. No entanto, deixou ainda uma grande margem para a liberdade contratual. Evocamos ainda que a lei n.º 25/2016 que veio alterar a lei n.º 32/2006 de maneira a permitir a realização de contratos de gestação sob determinados requisitos. Daí que o art.º 8º da lei n.º 32/2006 haja sido substantivamente alterado, deixando de considerar quaisquer contratos de gestação como nulos e sem efeitos jurídicos. O art.º 8 n.º 2 veio, com efeito, admitir a gestação de substituição num quadro limitado de situações, incluindo a mulher nascida sem útero, com séria doença ou lesão uterina que impeça a gestação e ainda em situações clínicas que o justifiquem. Para vincar o carácter gratuito da gestação de substituição e com base na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, o contrato do CNPMA, nos seus considerandos iniciais, estipula na alínea d) o seguinte: *entre a gestante e o casal beneficiário por si ou através de entidade terceira, seja qual for a sua natureza jurídica, não existe qualquer relação de subordinação económica, de*

natureza laboral ou de prestação de serviços, requisito que já se encontrava plasmado no art.º 8º n.º 6 da Lei n.º 32/2006. Outra das inovações basilares concerne à clara afirmação de que as crianças nascidas por intermédio da gestação de substituição são consideradas legalmente filhas dos pais contratantes. Isso mesmo consta da alínea f) do contrato de gestação de substituição do CNPMA. Na verdade, esta alteração legal é muito significativa, pois faz colapsar a solução anteriormente vigente, segundo a qual a criança seria sempre considerada filha da gestante, a qual como que vê a sua maternidade metamorfoseada numa espécie de sanção por ser obrigada a abdicar da criança que gera imediatamente após o parto. Por outro lado, existe aqui uma situação de clara discriminação, no sentido em que, ao contrário da mãe gestante, o pai contratante poderia ser considerado o pai legal desde que houvesse contribuído com os seus gâmetas para a gestação. Resta elencar os principais requisitos em que assenta a admissibilidade dos contratos de gestação. São eles:

- Tem de existir uma aprovação prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), após audição da Ordem dos Médicos que emite parecer não vinculativo;
- Proibição de qualquer pagamento ou doação, salvo despesas de saúde tidas pela gestante e devidamente comprovadas;
- Obrigatoriedade de forma escrita do contrato;
- Obrigação de incluir no contrato cláusulas prevendo hipóteses de aborto voluntário ou interrupção da gravidez em caso de malformação ou doença do embrião ou do feto;
- Proibição de que as cláusulas contratuais limitem de forma desproporcionada o comportamento da gestante ou violem os seus direitos, liberdade e dignidade.

No que respeita ao procedimento de autorização da celebração de contratos de gestação de substituição, a partir da deliberação n.º 18- II/2017 de 8 de setembro, justamente sobre o procedimento de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição e em conformidade com o n.º 4 do art.º 8 da Lei n.º 32/2006, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto⁸⁴, as etapas do procedimento integram uma fase liminar, uma fase instrutória/decisória e uma fase executória. A fase liminar começa com a entrada do pedido de autorização prévia com vista à celebração do contrato de gestação de substituição mediante um formulário

⁸⁴ Disponível em [em linha]: www.cnpma.org.pt. Consultado em 12 de janeiro de 2018.

próprio, aprovado pelo Conselho e subscrito tanto pelos beneficiários como pela gestante e esta fase termina com a decisão de admissão ou rejeição do pedido formulado. Refiro ainda que na fase liminar o CNPMA, caso entenda como necessário, embora a título excepcional, pode solicitar às requerentes informações ou documentos complementares. O pedido de autorização prévia para a celebração deste contrato é apresentado ao CNPMA através do formulário criado pelo Conselho e disponível no seu sítio da internet (www.cnpma.org.pt). No prazo de 60 dias, após a apresentação do pedido de autorização prévia, incumbe ao CNPMA deliberar sobre a admissão ou rejeição do mesmo, por sua vez a fase instrutória/decisória começa com a decisão de admissão liminar do pedido formulado. Uma vez proferida a decisão de admissão, o CNPMA remete para a Ordem dos Médicos a documentação médica com origem no centro de PMA para se confirmar se o casal beneficiário está nas condições previstas nos art.º 8º n.º 2 e 3 da Lei n.º 32/2006, alterada pela Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro, 17/2016 de 20 de junho e 25/2016 de 22 de agosto. Enquanto a Ordem dos Médicos prepara a elaboração do parecer, o CNPMA realiza a audição dos membros do casal beneficiário e da gestante, sendo então tomada uma decisão de autorização ou não autorização da celebração do negócio jurídico. No processo e níveis de tomada de decisão, temos os seguintes intervenientes: o CNPMA que decide a admissão do pedido de autorização prévia; a Ordem dos Médicos para a qual o CNPMA envia a parte do processo atinente à verificação das condições estipuladas no art.º 8º n.º 2 e n.º 3 (ausência de útero ou outra situação clínica impeditiva de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher) e dá o seu parecer não vinculativo. O CNPMA dispõe do prazo de 10 dias para enviar a documentação à Ordem dos Médicos com vista à emissão desse parecer e, por seu lado, a Ordem dos Médicos dispõe de 60 dias para a apresentação do seu parecer e uma vez recebido este, o CNPMA dispõe de 60 dias para deliberar sobre a aprovação ou rejeição da celebração do contrato de gestação de substituição. Por fim, na fase executória, que começa com a assinatura do contrato e a aposição da declaração de que a celebração do mesmo foi autorizada pelo CNPMA e nesta fase incumbe ao CNPMA dirimir qualquer conflito entre as partes com recurso a mediação e arbitragem⁸⁵. No que respeita às formas de extinção do contrato temos: o cumprimento; o não cumprimento⁸⁶; a caducidade; a revogação; a

⁸⁵ Disponível em [em linha]: www.cnpma.org.pt. Consultado em 18 de janeiro de 2018.

⁸⁶ Uma das hipóteses não previstas e passível de incumprimento é a que está aventada nestes termos: “[...] a gravidez superveniente pode não resultar do embrião do casal beneficiário e, consequentemente, pode não se saber, então, quem são os verdadeiros progenitores genéticos da gravidez em curso, por esta poder ter ocorrido na vigência do contrato com a grávida de substituição.”; SILVA, Miguel Oliveira da (2017) –

resolução ou a denúncia. O cumprimento acontece com o parto e a entrega da(s) criança(s) ao casal beneficiário. A direção do procedimento cabe ao órgão competente para a deliberação final, podendo o CNPMA delegar o poder de direção do procedimento. O Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, regulamentou o conteúdo do contrato de gestação de substituição sendo o contrato-tipo disponibilizado pelo CNPMA. Contudo, as partes têm a faculdade de proceder à adição de cláusulas face ao modelo disponibilizado.

Grosso modo, a maternidade de substituição implica, via de regra, três fases, a saber: a negociação, a celebração do acordo/contrato e cumprimento do que foi estipulado: “o acordo é realizado normalmente entre a mãe de gestação e a mãe de receção, podendo intervir também os respetivos maridos ou companheiros.”⁸⁷. Do ponto de vista da mãe portadora, segundo Duarte Pinheiro, a fase do cumprimento desdobra-se em quatro subfases: “[...] implantação de embrião; gravidez; parto; e entrega da criança à mãe de receção, com o reconhecimento de que esta é a titular das situações jurídicas maternais (e, eventualmente, de que o marido ou companheiro da mãe de receção é o titular das situações paternais.”⁸⁸. É preciso ainda mencionar a deliberação n.º 21-II/2017, de 24 de novembro, a qual estabelece o limite de idade da gestante no âmbito da gestação de substituição. Uma leitura da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e das sucessivas alterações que lhe foram introduzidas, bem como os Decretos-Regulamentares n.º 6/2016, de 29 de dezembro e 6/2017, de 31 de julho, mostra que não foi estabelecido qualquer limite de idade no acesso às técnicas de PMA. O que resulta desta deliberação é que se no que respeita ao recurso às técnicas de PMA em geral, temos como lícita a permissão de gravidezes até aos 49 anos e 364 dias de idade materna, já no que concerne à gestação de substituição, uma vez que existe uma dissociação entre a mãe portadora que fica sujeita aos riscos de gravidez e a pessoa que irá beneficiar da mesma, então deve haver uma maior cautela na determinação do limite de idade da gestante. Leio nessa mesma deliberação: *com efeito, se uma sociedade quer valorizar a gestação de substituição como uma possibilidade ética robusta e que seja socialmente aceitável pelo seu altruísmo, não pode contemporizar e permitir que a pessoa mais altruísta do contrato esteja a ser colocada numa situação de risco não razoável para a sua saúde, mesmo que essa pessoa*

Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer. Para um debate de cidadãos. Lisboa: Caminho, p. 162.

⁸⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) - Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, p. 327.

⁸⁸ *Idem, ibidem.*

tenha manifestado a sua disponibilidade para aceitar esse risco, e mais acrescenta: nestas circunstâncias a menor amplitude da proteção da saúde da gestante justifica-se à luz de outros valores dignos de tutela, tal como a proteção da família. Resulta, pois, desta deliberação que os limites estabelecidos no contrato de gestação de substituição, são, então, os seguintes: *nas situações de gestação de substituição, a gestante não pode ter idade superior a 44 anos e 364 dias (365 nos anos bissextos), salvo se a gestante for mãe ou irmã de alguns dos membros do casal beneficiário, situações em que a idade limite será de 49 anos e 364 dias (365 dias nos anos bissextos).* É preciso ainda ter em conta, sem prejuízo do estipulado no art.º 142º n.º 1 alínea e) do Código Penal da gestante de substituição e dos beneficiários em sede de contrato de gestação de substituição são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA. Além disso, o casal beneficiário dispõe de uma licença parental nos termos gerais, como sendo os progenitores, enquanto à gestante de substituição é aplicável o regime equivalente ao previsto na interrupção da gravidez. Em suma, ao longo deste tópico explicitarei o contrato de gestação de substituição tal como ele resultou da evolução legislativa, indicando as suas cláusulas, requisitos, balizas, restando, porém, questionar se devemos ou não entender como válido um tal contrato. Do meu ponto de vista e com base nos limites ao princípio da liberdade contratual, julgo que a sua validade é, no mínimo, suscetível de variadas críticas, já que evoco que o sistema romano-germânico de que faz parte a ordem jurídica portuguesa encerra mais restrições à autonomia privada do que, por exemplo, o sistema anglo-americano. Com efeito, no sistema romano-germânico – como terei a oportunidade de clarificar no capítulo 5 deste estudo – prevalece a orientação contrária à figura da mãe portadora, a qual é nomeadamente proibida pela legislação espanhola, francesa ou italiana. Aliás, essa era a tendência em Portugal, bastando pensar no facto de que o art.º 8º da Lei da PMA determinar a nulidade dos negócios jurídicos, sejam gratuitos seja oneroso, de maternidade de substituição. Por outro lado, não é despidendo trazer à colação o facto de a Lei ordinária depender da sua conformidade constitucional e, nomeadamente dos princípios de direito da personalidade e de direito das filiações que se encontram consignados na CRP. Relativamente ao argumento da autonomia privada e que é tutelada pela CRP designadamente nos art.º 26º n.º 1 art.º 27º n.º 1, não o podemos acolher de uma forma imediata e sem uma ponderação cautelosa, porquanto o exercício da liberdade contratual está limitado pelos princípios fundamentais do direito, que se incorporam em conceitos indeterminados. Daí que, os negócios jurídicos se afigurem como nulos se contrariarem a ordem pública ou os bons costumes (art.º 280º n.º 1 CC).

Aliás, evoco, o projeto português sobre a utilização de técnicas de procriação artificial assistida proibia o recurso às mães de substituição e declarava nulo o contrato, à luz do art.º 5º do projeto, o qual determinava: “ i) não é permitido o recurso à mãe de substituição, quer esta contribua ou não com os seus óvulos; ii) considera-se mãe de substituição a mulher que se obriga, por contrato, a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança depois do parto; iii) o contrato a que se refere o n.º anterior é nulo, quer se tenha estipulado ou não uma retribuição pelo serviço prestado”. Assim sendo, numa fase preliminar da posterior evolução legislativa, a proposta portuguesa de Lei n.º 135/VII de 1 de agosto de 1997 não permitia, liminarmente, a maternidade de substituição cominando com a nulidade todo o negócio jurídico, gratuito ou oneroso, com essa teleologia e mais ainda determinava que a promoção, por qualquer via, da maternidade de substituição, constituía crime, tal como estipulava o art.º 30º, nestes termos: *a promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa ou de anúncio público, de maternidade de substituição constitui crime, punido com pena de prisão ate 3 anos*. Para além de um tal contrato impor a rejeição da mãe portadora a criança, isto é, a negação do estatuto de mãe, o que está também em causa é a renúncia ao poder paternal, já que, a gestante abdica do seu estatuto de mãe, o que vai contra o art.º 1882º do CC, o qual estipula que: *os pais não podem renunciar á responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adoção*. Ora, com a Lei da gestação de substituição torna-se premente, desde logo, uma alteração deste preceito do CC. Na argumentação expendida por Stela Barbas, tenho ainda que relevar o facto de não se poder reputar válido o consentimento dado pela mãe portadora antes do nascimento da criança, porquanto esse consentimento livre e consciente apenas poderia ter lugar uma vez decorrido um determinado período após o acontecimento do parto. E a autora, a este respeito dos contratos de gestação, conclui o seguinte: “O ser humano (a criança «produzida» não pode ser objeto do contrato, nem sequer por analogia com a adoção uma vez que neste caso a criança é ela própria (por representação) sujeito do contrato de adoção.”⁸⁹. Assim sendo, atendendo à lógica que preside aos contratos de gestação, entretanto em vigor, a prática da maternidade de substituição surge associada a um contrato, de pendor formal, do qual resultam direitos e obrigações para as partes, de maneira a procurar garantir que os vários intervenientes

⁸⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2006) – Direito ao Património Genético, **Op. Cit.**, p. 156.

conheçam os seus direitos e as suas obrigações, afigurando-se como um mecanismo de garantia e de segurança para os intervenientes do negócio. Ao contrário do que sucedia na LPMA que determinava que os contratos de gestação eram nulos, a situação jurídica atual é que a mãe que faz a gestação se obriga, por intermédio de um contrato válido, a renunciar ao estatuto de mãe e a entregar a criança, após o seu nascimento, à contraparte do negócio. Compreende-se que um tal contrato seja revestido de muitas cautelas e que ele deva ser o mais exaustivo e preciso possível, prevendo todas as situações (o que não sucede com o contrato de gestação vigente, pois não dá resposta a muitas questões como por exemplo: a de saber se caso a mãe de substituição se arrependa se haverá lugar a responsabilidade civil, ou ainda se é preferível ou não que a mãe de substituição já tenha um filho e que não seja economicamente carenciada ou mesmo se será possível determinar contratualmente a conduta da gestante sem que haja colisão com a sua dignidade humana)⁹⁰.

3.2. Os beneficiários – Quem é necessário proteger?

Para interpretar a noção de beneficiários para efeitos de recurso à gestação de substituição é preciso atender à deliberação n.º 20-II/2017 de 20 de outubro. Além disso o decreto regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que regulamentou a lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, reiterou que a gestação de substituição foi concebida para situações completamente excecionais e com estritos requisitos de admissibilidade. O art.º 6º da Lei n.º 32/2006, estabelece que: podem recorrer as técnicas de PMA os seguintes beneficiários:

⁹⁰ Em jeito de síntese, acolho a seguinte perspetiva sobre a questão abordada neste tópico: “Os muitos e diversos problemas que a gestação de substituição suscita podem ser sistematizados em dois estruturantes: os que se reportam aos contratos e os que se reportam às relações pessoais. Entre os primeiros destacam-se a gratuidade *versus* pagamento e o destino do embrião/feto e do recém-nascido no caso de quebra de contrato por qualquer uma das partes; entre os segundos [que abordarei *infra*] destacam-se a complexidade da redefinição das relações biológicas, contratuais, sociais e afetivas.”; NEVES, Mária do Céu Patrão (2017) – O Admirável Horizonte da Bioética, **Op. Cit.**, p. 65. Assim, a natureza da maternidade de substituição torna-se clara à luz da seguinte síntese sobre esta matéria: “Nas situações típicas de maternidade de substituição, é celebrado, por escrito, um acordo mediante o qual uma das partes (a mãe portadora ou de gestação) assume perante a outra (mãe ou casal de receção) três obrigações principais: iniciar e completar uma gravidez; entregar à mãe de receção a criança resultante da gestação; e reconhecer a mãe de receção como mãe jurídica, abstendo-se da reivindicação de quaisquer direitos parentais sobre o menor.”; PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – Mãe Portadora – A problemática da Maternidade de Substituição. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 328-329.

- Casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, casadas ou que vivam em condições análogas as dos cônjuges;
- Todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual (o art.º 8º n.º 3 da mesma lei, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, determina que a gestação de substituição apenas pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida, com recurso a gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários).

O conceito de beneficiário sofreu uma importante alteração na nova redação dada ao art.º 6º da Lei n.º 32/2006, pela Lei n.º 17/2016 de 20 de junho. Além disso, embora a gestação de substituição se encontre prevista e regulada pelo diploma que estabelece o acesso às técnicas de PMA, “[...] a mesma não é, de per si, uma técnica de PMA, sendo antes, [...] um tratamento/procedimento aplicável a casos de absoluta excecionalidade circunscritas às situações legalmente previstas e que, atendendo à natureza das coisas, implica de modo necessário, o recurso a uma técnica de PMA para se concretizar.”⁹¹. Refiro ainda que a previsão da gestação de substituição, bem como as normas que a regulam, se apresentam numa relação de especialidade para com os demais comandos legislativos reguladores da PMA. Por isso mesmo, o legislador sentiu a necessidade de publicar em 31 de julho o decreto regulamentar n.º 6/2017, que regula, especialmente, o acesso a gestação de substituição⁹². Já a Lei n.º 32/2006 estipulava no seu art.º 8º os termos e requisitos do acesso à gestação de substituição, limitando esse acesso aos casos excepcionais de ausência de útero, ou lesão ou doença deste órgão, idóneos a impedir, de forma absoluta e permanente, a gestação por parte da mulher e determinava ainda a sua admissibilidade em face de outras situações clínicas que justifiquem o acesso a esse método. O legislador optou por considerar que, existindo dois beneficiários da técnica, apenas um é obrigado a contribuir com gâmetas, à luz do art.º 8º n.º 3 da Lei n.º 32/2006, pelo que, por exemplo, uma mulher singular que preencha os requisitos estipulados nessa norma recorra ao procedimento em apreço se contribuir com os seus próprios ovócitos. O legislador ao admitir a gestação de substituição afastou o recurso a este procedimento em abono de contratantes masculinos que desejem procriar fora de uma relação com uma mulher (homens singulares e casais homossexuais masculinos), que ficam excluídos do art.º 6º da Lei n.º 32/2006 mesmo após a revisão realizada pela Lei n.º 17/2016 que tão-

⁹¹ Disponível em [em linha]: www.cnmppa.org.pt. Consultado em 18 de janeiro de 2018.

⁹² Disponível em [em linha]: https://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2017/agosto/NL_-_acesso_a_gestacao_de_substituicao.pdf. Consultado em 18 de janeiro de 2018.

somente admitiu como candidatos mulheres singulares e casais homossexuais femininos: “A lei exige que os contratantes mantenham algum tipo de ligação genética com a criança, ao impor que pelo menos um deles contribua com os seus gâmetas (art.º 8º n.º 3).”⁹³. Aliás já o art.º 6º da Lei n.º 32/2006 estipulava que *só as pessoas casadas que não se encontram separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA*. Ora, a exclusão de certos indivíduos da utilização das técnicas reprodutivas é uma matéria especialmente controversa, sobretudo para quem entenda, como acontece Vera Lúcia Raposo, que “[...] a possibilidade de ter filhos seja por via natural, seja por via médica configura um direito fundamental.”⁹⁴. A mesma autora considera a questão particularmente problemática no caso dos homens singulares que obrigatoriamente necessitarão de recorrer à maternidade de substituição⁹⁵. Por outro lado, temos a questão dos homossexuais masculinos em que o principal fundamento da sua exclusão é o invocado melhor interesse da criança o que do ponto de vista da autora é inaceitável à luz do princípio da não discriminação e que a exclusão não faz sentido à luz do princípio da igualdade designadamente consignado no art.º 14º CEDH, em conjugação com o art.º 8º do CEDH. Um dos argumentos usados em favor da admissibilidade de casais homossexuais masculinos beneficiarem do acesso à gestação de substituição associa-se a um raciocínio analógico face à adoção e mesmo a co-adoção já vigente na ordem jurídica portuguesa, ou seja, se já é permitido que pessoas singulares, inclusivamente homossexuais, adotem crianças, qual a diferença em permitir-lhes que as gerem a partir dos seus próprios gâmetas? Para os que se opõem ao acesso de casais homossexuais masculinos a este método os principais critérios invocados são: o do melhor interesse da criança e o da preservação da sociedade⁹⁶. A questão que está latente

⁹³ RAPOSO, Vera Lúcia (2017) - Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre Contratos de Gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, jan./mar. Ano 38, p. 12.

⁹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia (2007) – Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais, e das duas mães). In **Lex Medicinæ**, Ano 4, n.º 7, p. 40.

⁹⁵ *Idem, ibidem*.

⁹⁶ Este último merecendo a seguinte reflexão da parte de Vera Lúcia Raposo: “Um dos valores tidos em consideração para fundamentar a exclusão é a preservação de uma certa forma de sociedade, fundada num determinado protótipo de família. A estrutura social e o modelo familiar que a sustenta sentem-se ameaçados pela proliferação de «modernidades familiares» potenciadas, diz-se, pela tecnologia, pela promiscuidade e queda de valores. Ora, consideramos que uma sociedade fundada num único modelo de família representa, hoje em dia, uma construção ultrapassada.”; *idem, ibidem*, p. 49. Conclui, a este respeito, a mesma autora, o seguinte: “embora qualquer das possíveis justificações para a restrição do direito em causa seja teoricamente pensável, e todas elas se apresentem com argumentos mais ou menos válidos, é nosso entender que nenhuma é suficientemente persuasiva para excluir uma parte dos cidadãos de um direito que qualificamos de fundamental. Não reivindicamos um direito absoluto e ilimitado, livremente

a esta situação é, essencialmente, a tensão entre uma perspetiva mais biologista ou uma perspetiva mais afetiva no âmbito da parentalidade⁹⁷. O legislador terá enveredado pela segunda orientação aquando da aprovação, designadamente da Lei da adoção por casais do mesmo sexo em 29 de fevereiro de 2016, o que obrigou à mudança no art.º 1979º n.º 1 alínea d) do CC. Sendo um assunto muito contravertido, certo é que a co-adoção por casais do mesmo sexo foi aprovada, pelo que, um dos argumentos invocados para a discordância com essa opção legislativa é a visão tradicional da paternidade e da maternidade como sendo as duas figuras referenciais de uma criança em crescimento e, o tempo ditou que a conceção de família (adotiva) não resistiu a este “fator de erosão”⁹⁸. Em face dessa evolução legislativa, uma das lacunas criticadas a Lei da gestação de substituição é, justamente não ter acompanhado a mudança social operada nem tampouco a mudança jurídica ao nível dos casamentos, da adoção e da co-adoção por casais homossexuais e que ficam fora do âmbito dos beneficiários dessa mesma lei. Lamentavelmente, o recurso ao útero de gestação tem-se cada vez mais vulgarizado e está a ser utilizado para uma maior diversidade de situações, pelo que, segundo Mária do Céu Patrão Neves: “Neste contexto é expectável que o uso da gestação de substituição se venha a estender também a casais heterossexuais e a mulheres férteis, isto é, a quem tem capacidade para engravidar por método natural, mas perspetiva a gestação de substituição como modalidade reprodutiva alternativa, considerando-a vantajosa em relação a gestação autónoma.”⁹⁹.

aberto a qualquer pessoa, mas exigimos uma justificação mais consistente – em termos jurídicos, científicos e inclusive éticos – para a limitação que o art.º 6º da Lei n.º 32/2006 opera neste direito.”, p. 51. Aliás, já no projeto lei n.º 278/XII96 se afirmava: “De facto, estamos a pensar no que já existe e o que já existe não é a família, mas famílias: aquela expressão não passa de um pretense ideal-tipo que nada tem de ideal: ainda ninguém conseguiu provar que um determinado formato de família gera mais bem-estar nos seus elementos do que outro. E nada tem de típico: dados estatísticos, por mais informação desagregada que contenham, comprovam a diversidade das estruturas familiares atuais.”; disponível em [em linha]: <http://www.mediaserver2.rr.pt/NEWRR/projectos14848d1a.pdf>. Consultado em 18 de janeiro de 2018.

⁹⁷ A este propósito Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona (2013) – O Conceito de Família e as Famílias no Direito Português. In **Famílias no plural. Atas da Conferência**. Lisboa: ILGA Portugal, p. 161.

⁹⁸ GOMES, Carla Amado (2007) – Filiação, Adoção e Proteção de menores – Quadro constitucional e notas de jurisprudência. In **Lex Familiae**, p. 39.

⁹⁹ Daí que se corra o sério risco de a gestação de substituição poder mesmo transformar-se numa nova profissão, aspeto também equacionado pela mesma autora, nos termos seguintes: “Assim sendo, a gestação de substituição poderá tornar-se numa nova profissão em que, inclusivamente, cada profissional ofereça diferentes características para valorizar os seus serviços: para além de um certificado do estado de saúde geral, poderá apresentar determinadas características físicas consideradas desejáveis [...]”. NEVES, Maria do Céu Patrão (2017) – O Admirável Horizonte da Bioética, **Op. Cit.**, p. 66. A mesma autora acrescenta que: “além disso, a profissional gestacional poderá também vir a oferecer serviços diferenciados que a valorizem face à concorrência [...]”.

3.3. Em torno da admissibilidade dos contratos a título oneroso e gratuito: a criminalização da maternidade de substituição a título oneroso e a sua permissividade a título gratuito

Começando pela questão da admissibilidade dos contratos de maternidade de substituição a título oneroso, a minha posição é que é intolerável, do ponto de vista ético e jurídico, a gestação e entrega de uma criança a troco de dinheiro, na medida em que vai contra, claramente, o valor da dignidade humana (o art.º 1º da Constituição). Considerar admissível o contrato de gestação a título oneroso configura um impressivo retrocesso social e uma clara afronta à comunidade familiar¹⁰⁰, já que a gestação é concebida como um qualquer serviço, esquecendo-se, por completo, a natureza íntima, o *valor íntimo* (na expressão kantiana definidora da dignidade humana) sendo a criança equiparada a um objeto, ao resultado de uma atividade¹⁰¹. Para respaldar a minha posição, invoco ainda o art.º 26º n.º 3 da CRP, no qual se estabelece que a lei garantirá a dignidade pessoal do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica e cujo corolário é a não instrumentalização da pessoa humana; o ser humano não deve ser coisificado nem comercializado¹⁰². Estas são penso, premissas basilares em que assenta o personalismo ético que comanda axiologicamente o Direito Civil e, neste sentido, menciono a seguinte perspetiva: “[...] O princípio do respeito da dignidade da pessoa é um princípio suprapositivo: o direito de cada um ao respeito da sua dignidade de pessoa não é uma conceção feita pela ordem jurídica positiva, mas antes um

¹⁰⁰ Tal como teorizada em CAMPOS, Diogo Leite de CAMPOS, Mónica Martinez (2017) – **Lições de Direito da Família**. Coimbra: Almedina, pp. 13 e ss..

¹⁰¹ Neste sentido, julgo pertinente enfatizar a seguinte reflexão: “O homem moderno é constantemente atraído, sobretudo desde o sec. XIX numa progressão constante a acompanhar o progresso das ciências e das técnicas, pelo conceito de possibilidade. A ideia de natureza, como enquadramento e limite do ser humano é destruída pela liberdade e possibilidade. O ser humano esquece, ou rejeita, o que é por nascimento, por «condição» humana, para só pensar no que pode ser, ao serviço do que quer ser. Ele mesmo e a natureza são postos ao serviço da sua vontade, nos quadros de uma «infinita» possibilidade.”; *idem, ibidem*, p. 16. É desta prevalência de uma hipervalorização da possibilidade, que os autores consideram que ela desliza para a onipotência, geradora da crise dos valores e do direito: “afastada progressivamente a referência do fenómeno jurídico à certeza do direito formal, radicando-o na problematicidade concreta dos valores sociais e das forças sociais em confronto, está a cair-se numa crise de valores, do valor da certeza e segurança do Direito, da igualdade dos sujeitos de Direito e, portanto, da justiça.”; *idem, ibidem*, p. 19. A este assunto voltaremos, com maior profundidade no capítulo 6.

¹⁰² “É óbvio que sendo a dignidade da pessoa humana uma dimensão fundante da ordem de direitos fundamentais, ela estará presente no direito à dignidade pessoal. Ao distinguir entre dignidade pessoal e identidade genética, a Constituição pretende desde logo garantir a pessoa contra a criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e experimentação científica que deixando imperturbada a identidade genética, violam a identidade pessoal.”; CANOTILHO, J. J. Gomes e Moreira Vital (2007) – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 472.

direito «natural» anterior a qualquer ordenamento positivo.”¹⁰³. Evoco ainda que este personalismo ético mergulha as suas raízes na moral histórica e no cristianismo.¹⁰⁴. Assim sendo, a autonomia privada não traduz a ideia de uma liberdade de estipulação de quaisquer conteúdos negociais, tal como estipulam vários artigos do CC: o art.º 405º; art.º 280º, art.º 294º e art.º 398º a 401º do CC, os quais limitam a liberdade de estipulação e sujeitam-na à Lei, à Moral, à Ordem Pública e à Natureza. Fazendo um juízo de mérito em relação ao negócio a título oneroso do contrato de gestação, considero que é deixado um espaço desproporcionado na sua extensão à autonomia privada, a qual deveria ter merecido do legislador maiores cautelas e respeito pelos limites do qual decorre o juízo de mérito enquanto juízo de licitude. Ora, defendo, o contrato de gestação a título oneroso fica fora da área do permitido, isto é, do espaço próprio da autonomia privada. Invoco o art.º 281º do CC, que comina com a nulidade o negócio que seja celebrado, por ambas as partes, como fim contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, deslocando-se aqui o juízo de mérito do conteúdo do negócio jurídico, que não deixa de ser passível de críticas, para a finalidade com o que os seus autores o celebraram e, no caso de um contrato de gestação oneroso, considero que o ato é finalisticamente dirigido contra à lei, à ordem pública e os bons costumes e, como tal, ilícito¹⁰⁵. Deixando de fora uma apreciação dos contratos a título oneroso da perspectiva do Direito Penal – por extravasar o meu objeto de estudo – é preciso, referir se um tal acordo é ou não reconhecido pelo Direito como um verdadeiro contrato. Do que se trata é de a mulher portadora receber dinheiro em troca da entrega do bebé e, a este propósito, sublinho que a doutrina dominante é contrária a este negócio de cariz oneroso. Guilherme Oliveira, a este respeito apresenta um conjunto de argumentos demonstrativos da inadmissibilidade dos contratos onerosos ao nível da maternidade de substituição. Um primeiro argumento contra tais contratos baseia-se na consideração de que o pagamento da gestação e da entrega da

¹⁰³ MACHADO, Baptista (1993) – Iniciação ao Mundo do Direito. In **Obra Dispersa**. Vol. II. Braga: Scientia Iuridica, p. 477.

¹⁰⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de (2007) – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, p. 11; “Assenta na consideração da pessoa humana como ser livre, autónomo, igual e irrepitível, centro de gravidade de toda a organização social, dotado de uma dignidade originária e própria que lhe é inerente desde a conceção, que não pode ser reduzida nem alienada nem extinta [...]”, pp. 11-12.

¹⁰⁵ No que concerne à contrariedade à moral julgo que tal é flagrante nos contratos de gestação a título oneroso e não podemos esquecer que: “A Moral é uma poderosa condicionante da vida, da atitude e do comportamento das pessoas. Como tal, condiciona a liberdade de fixação negocial de conteúdos vinculantes. Fá-lo de um modo diferente do que o faz com a Lei. A Moral condiciona e simultaneamente contém-se na constelação axiológica própria da «*humanitas*» global ou de cada sociedade concretamente considerada. Ela é determinante e impositiva ao nível da própria criação do Direito, antes de o ser no domínio da sua aplicação e concretização; e, mais que tudo, na modelação da Justiça que funda o Direito e que lhe dá existência como tal.”; VASCONCELOS, Pedro Pais de, **Op. Cit.**, p. 587.

criança redonda numa *coisificação da pessoa*, numa degradação da pessoa e, por conseguinte, ao arrepio da dignidade humana¹⁰⁶. Os autores que têm uma orientação diversa, defendendo o carácter oneroso do contrato entendem a retribuição noutros termos, a saber: o que está em causa não é a combinação do preço de uma criança ou da sua compra, mas antes o pagamento de um serviço de carácter pessoal¹⁰⁷. Do meu ponto de vista, este argumento não é suficientemente sólido, porque a finalidade que anima o meio usado (o serviço de gestação) é a aquisição do filho, dado que o seu pagamento visa, aquando do parto, que lhes seja entregue a criança. O equívoco principal desta argumentação a favor da retribuição pecuniária perante o serviço pessoal de gestação é que, este não pode ser analisado do ponto de vista jurídico como um outro serviço pessoal qualquer, o que aliás está arreigado na nossa cultura que, julgo, muito dificilmente pode encarar o serviço pessoal de gestação como uma troca contratual por dinheiro. O autor que venho seguindo acrescenta ainda um argumento, ao qual já fiz a devida referência, que é o facto da situação intolerável de uma renúncia por parte da mulher portadora aos seus direitos de mãe, já que é no mínimo muito duvidoso que a nossa ordem jurídica acolha uma negociação privada sobre um estado jurídico pessoal: “não se passa a ser mãe ou deixa de ser mãe por força de um contrato.”¹⁰⁸. Mais acrescenta o mesmo autor um novo argumento em desfavor da admissibilidade de um contrato válido que preveja uma retribuição da mulher portadora, pois existe o risco de as mulheres pobres serem exploradas economicamente pelas mais ricas¹⁰⁹. O mesmo autor aventa ainda o seguinte argumento: a existência de uma vantagem patrimonial pode viciar o consentimento da mulher geradora, embora seja um argumento pouco consistente, pois faz derivar a falta de liberdade para contratar no sentimento da ganância¹¹⁰. Um outro argumento utilizado por este autor e que trago à colação é que as mulheres portadoras, em troca de dinheiro, terão maior propensão para estabelecer uma relação afetiva indigente com o feto em gestação, o que se pode traduzir em comportamentos menos indicados para assegurar a saúde do feto em ambiente intrauterino, ou seja, a adoção de um estilo de vida nocivo

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (1992) – **Mãe há só (uma) duas! O Contrato de Gestação**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 22. Argumenta este autor do seguinte modo: “Se a mulher geradora recebe uma quantia em dinheiro contra a entrega de uma criança isso significa que se estabeleceu um preço do bebé? E se isto é admitido, então pouco faltará para que se admita a publicidade dos «melhores bebés aos mais baixos preços», para que se admitam «promoções» quando houver excedentes, «vendas em segunda mão» com preço mais alto ou mais baixo consoante tenha havido benfeitorias no bebé ou depreciação dele, por qualquer causa.”; pp. 22-23.

¹⁰⁷ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 23.

¹⁰⁸ *Idem*, **Op. Cit.**, pp. 26-27.

¹⁰⁹ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 27.

¹¹⁰ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 32.

para o bom desenvolvimento da criança. Um outro problema subjacente a esta questão dos contratos de gestação de substituição a título oneroso diz respeito ao facto de a ilicitude do estabelecimento de um preço afastar muitas das candidatas à gestação para outrem, limitando, desse modo, o recurso a esta via de obtenção de uma criança, o que para alguns autores traduz uma restrição ao direito constitucional de procriar. Ora, do meu ponto de vista trata-se de um problema que não foi suficientemente acautelado pela lei em vigor sobre as gestações de substituição que, segundo a lei, só podem realizar-se por altruísmo. Todavia, tal não tem impedido o facto de os centros receberem contactos de agências que oferecem valores monetários a *barrigas de aluguer*. O que neste aspeto crítico é que a lei em vigor não contempla os mecanismos adequados a uma eficaz fiscalização desse aliciamento das clínicas portuguesas levado a cabo por agências de barrigas de aluguer¹¹¹. Por essa razão, concordo com o seguinte ponto de vista: “É também indispensável refletir sobre se eventuais campanhas públicas são permitidas, como publicidade em *sites* privados e com anúncio de candidatas por agências, como ocorre noutras paragens.”¹¹². Segundo Vera Lúcia Raposo, que tem uma orientação favorável aos contratos onerosos, até nos regimes onde a Lei proíbe o pagamento, os tribunais acabam por “[...] adotar entendimentos flexíveis a este respeito, como que a corroborar a ideia de que a proibição absoluta acaba por ser inexecutável e mesmo

¹¹¹ Chamo por isso a atenção para uma notícia recente sobre esta problemática em que: “Vários centros de procriação medicamentem assistida em Portugal estão a receber contatos de empresas estrangeiras que noutros países têm serviço de barrigas de aluguer – proibidos pela Lei portuguesa - «a anunciar» o seu negócio. [...] 13 Centros autorizados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamentem Assistida (CNPMA), pelo menos 6 disseram ter recebido contactos nesse sentido [...] mas todos garantiram não ter dado seguimento aos pedidos. [...] O médico Alberto Barros, Diretor do Centro de Genética da Reprodução, no Porto, e membro do CNPMA, foi dos que receberam mais do que um contato a anunciar serviços de intermediação entre gestantes e clínicas. Diz que é legítimo retirar a conclusão de que contêm «uma componente negocial remuneratória». E também «por uma questão ético-filosófica», acrescenta: «sempre entendi a gestação de substituição no plano de apoio e solidariedade, nunca a troca de dinheiro». Face a esta situação, o Presidente do Conselho do CNPMA, Eurico Reis veio considerar que está seguro de que as clínicas não seguirão essas tentativas de aliciamento aos casais, contudo não deixa de afirmar que o risco existe. Posição contrária tem Miguel Oliveira da Silva, ex-presidente da Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida que adverte que existe a possibilidade dessa aproximação comercial, com base na seguinte argumentação: “«não se exige que pelo menos um dos três elementos envolvidos seja residente em Portugal, à grávida de substituição já tenha pelo menos um filho vivo [o que é do meu ponto de vista uma lacuna da lei em vigor] e exista acompanhamento psicológico obrigatório durante e após a gravidez»”. Se é certo que este último requisito se encontra presente na lei atual da gestação de substituição, entendo que ele está desprovido de obrigatoriedade, o que leva a que Miguel Oliveira da Silva considere que o contrato “«é um mero papel para fingir altruísmo e solidariedade, que será ultrapassado por fora: pagando transportes, residência, alojamento, alimentação, roupa, dinheiro, etc. Tudo impossível de controlar.” HENRIQUES, Joana Gorjão (2018) – Agências de barrigas de aluguer aliciam clínicas portuguesas. In **Jornal Público**. Ano XXVIII, n.º 10.131, de 15 de janeiro de 2018, pp. 10-11.

¹¹² SILVA, Miguel Oliveira da (2017) - **Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer. Para um debate de cidadãos**. Lisboa: Editorial Caminho, p. 166.

injusta.”¹¹³. Por último, um dos aspetos que é credor de uma referência breve respeita à questão da proteção nomeadamente da mãe portadora e, nesse sentido, Vera Lúcia Raposo apresenta uma sugestão que do meu ponto de vista não é de acolher por constituir uma intensa ingerência nos direitos fundamentais da mulher portadora¹¹⁴. Não posso aceitar este tipo de fiscalização que mais se aparenta a um esvaziamento do estado de direitos fundamentais no que à mãe de substituição diz respeito, pois sobre esta não pode impender uma espécie de modelo orwelliano de sociedade, que traduz uma restrição intolerável do espaço de liberdade de cada um e uma intromissão intolerável na sua privacidade, numa espécie de panótico, tal como teorizado por Brethan, mais tarde, por M. Foucault e ainda por G. Deleuze. Com efeito, julgo intolerável esse controlo pleno ou vigilância total sobre a mãe gestante num cenário de “omnipresença de um *big brother*.”¹¹⁵. Como referi *supra*, não sendo o caso da Lei portuguesa, no contrato da maternidade de substituição pode haver estipulação do pagamento a mãe de gestação de uma quantia que ultrapasse o montante das despesas, o que se configura como uma autêntica retribuição, caindo na esfera do carácter oneroso do compromisso. Por outro lado, e daí ter evocado as sociedades disciplinares ou panóticas, o acordo pode integrar a assunção pela mãe portadora de deveres desproporcionados que devem guiar o seu comportamento durante a gravidez no período prévio à conceção. Tal como já explicitado no primeiro tópico deste capítulo, o acordo de maternidade de substituição avulta como um contrato, ou seja, uma regulação que é o resultado da declaração de vontade das duas partes. O que no *item* presente estou a analisar é, precisamente, qual o tipo de contrato em causa, conquanto na lei portuguesa atual só o de carácter gratuito seja admissível, porquanto um contrato de alienação, que passaria por um processo de compra e venda ou

¹¹³ RAPOSO, Vera Lúcia (2017) – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, jan./mar., p. 42.

¹¹⁴ No entanto não deixo de assinalá-la: “Uma vez que a mãe de substituição transporta no útero um filho com o qual pode não sentir qualquer afinidade (já que no final está destinado a ser entregue a outrem), o risco de tomar comportamentos arriscados para o feto é maior do que os casos normais de gravidez. Abuso de álcool, tabaco ou estupefacientes, exercício físico demasiado rigoroso, atividades fisicamente arriscadas, dietas rígidas, tudo isto são comportamentos que há que controlar. Há quem alegue que a fiscalização do comportamento da mãe de substituição configura uma opção legal demasiado protetora dos interesses dos pais contratantes. Todavia, o que fundamenta tal controlo não é tanto o interesse destes, mas sim o interesse do novo ser, precisamente a parte mais frágil desta relação e a mais carente de proteção.”; RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – De mãe para mãe, **Op. Cit.**, pp. 90-91.

¹¹⁵ OTERO, Paulo (2015) – **A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária**. Cascais: Princípia, p. 191. Foucault situou as sociedades disciplinares no séc. XVIII e XIX e que atingem o seu ponto máximo no início do séc. XX, produzindo meios de confinamento: “Os confinamentos são moldes, distintas moldagens, mas os controles são uma modulação, como uma moldagem auto-deformante que mudasse continuamente, a cada instante, ou como uma peneira cuja as malhas mudassem de um ponto ao outro.”; DELEUZE, G. (s.d.) - **Post-Scriptum sobre as sociedades de controle**. Disponível em [em linha]: www.portalgens.com.br/filosofia. Consultado em 25 de janeiro de 2018.

uma doação de uma criança no quadro do denominado *mercado de bebés* associado ao chamado turismo reprodutivo, seria, indubitavelmente, oneroso. Ora, tal como disciplinado na lei que regula esta matéria, o contrato de maternidade de substituição não configura um contrato de alienação de uma criança¹¹⁶. Por conseguinte, quando uma mãe de aluguer renuncia à criança e recebe uma compensação para tal devido aos seus esforços com o parto, estamos face a um intercâmbio comercial, convocando problemas de mercantilização e suscitando questões como as seguintes: será que as mães de aluguer estão vendendo os seus filhos?; estão vendendo, ou pelo menos alugando, os seus corpos?¹¹⁷. Como terei oportunidade de esclarecer no capítulo 5, vários países, como por exemplo a França, proibiram os contratos de aluguer de útero, ao passo que nos EUA tem-se assistido a uma crescente comercialização, nomeadamente em virtude dos avanços tecnológicos¹¹⁸. Trata-se de uma degradação que faz da mulher portadora uma espécie de vasilhame ou que a reduz à condição de uma mulher reprodutora, no âmbito de uma industrialização intolerável da reprodução, espécie de abertura de um *supermercado reprodutivo*¹¹⁹. Por outro lado, os defensores desta natureza onerosa dos contratos de aluguer de útero formularam os seus argumentos com base na situação de desespero da mãe de receção, isto é, a circunstância de tais mulheres não disporem de outros meios de ter o filho desejado; outra linha argumentativa é o da liberdade para contratar. Rebato este tipo de argumentação por considerar que os direitos da mulher não integram o direito a comercializar serviços procriativos, pois não é de modo nenhum comparável que a mulher faça um contrato enquanto trabalhadora com o contrato com a finalidade de dar à luz uma

¹¹⁶ É esse o entendimento de Jorge Duarte Pinheiro, esclarecendo que: “Os contratos de compra e venda e doação têm como efeitos essenciais comuns a transmissão da propriedade de uma coisa e a obrigação de entrega da mesma (arts.º 879º e 954º do Código Civil). No contrato de maternidade de substituição, a mãe de gestação obriga-se a entregar uma criança, que, nos termos do art.º 66º n.º 1 do Código Civil, é uma pessoa e não uma coisa. Para mais, nos contratos de alienação, a obrigação principal do vendedor ou doador circunscreve-se à entrega do objeto, enquanto que o contrato de maternidade de substituição engloba uma obrigação principal prévia à entrega da criança: a mãe de gestação vincula-se a iniciar e completar uma gravidez. A maternidade de substituição tão-pouco se confunde com um contrato de aluguer ou comodato do útero. No contrato de aluguer ou comodato, uma das partes obriga-se a proporcionar a outra o uso temporário de uma coisa [arts.º 1022º, 1023º, 1031º e 1129º do CC]. Ora, ainda que se aceitasse a qualificação de uma parte do corpo de um ser humano vivo como uma coisa, a verdade é que a maternidade de substituição não se reduz a uma disponibilização do útero para uma gestação em benefício de terceiro. A mãe de gestação obriga-se a entregar o menor e a reconhecer a filiação jurídica deste relativamente à mãe de receção.”; PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – *Mãe Portadora – A problemática da Maternidade de Substituição*, **Op. Cit.**, pp. 329-330.

¹¹⁷ SPAR, Debora L. (2006) – **Baby Business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidade**. Boston: Harvard Business School Press, pp. 123-124.

¹¹⁸ “No obstante, en las últimas décadas del siglo XX, el alquiler de útero tuvo una significativa resurrección. El ímpetu de esta resurrección provino en parte de la tecnología, en parte de la empresa comercial, y en parte de las normas morales cambiantes. Juntos, estos factores crearon un mercado vigoroso, aunque controvertido, para la maternidade.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 128.

¹¹⁹ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 132.

criança que terá de abdicar¹²⁰. Um outro problema decorrente dos contratos a título oneroso tem a ver com a falta de informações sobre um conjunto de aspetos, como seja o da questão do consentimento informado, porquanto inexistem bases de dados ou registos sobre os envolvidos e respetivo seguimento: “[...] até pelo carácter às vezes confidencial e «clandestino» em causa – é impossível aí fazer estudos sérios sobre o que quer que seja, se é que alguém está nisso interessado.”¹²¹. Em suma, e seguindo a orientação de Guilherme de Oliveira¹²², que também defende a invalidade dos contratos de gestação por violarem direito a dignidade da criança que virá a nascer bem como o da mulher portadora, a razão nuclear para essa inadmissibilidade está, justamente, associada ao tratamento de ambas como coisas, como uma mercadoria à qual é atribuído um preço, o que vai contra, desde logo, o art.º 1º da CRP, para além de ser um negócio que contende com o princípio de ordem pública preceituado no art.º 280º n.º 2 do CC¹²³. Aliás, o contrato a título oneroso é muitíssimo repudiado pela grande maioria da doutrina e inclusive pelas Organizações Internacionais, enquanto o contrato a título gratuito já concita mais aceitação, embora, segundo defendo, nem mesmo o contrato a título gratuito deveria ser aceite na ordem jurídica portuguesa. Daí que esteja de acordo a perspetiva de Guilherme de Oliveira que, não obstante reconhecer que os contratos gratuitos geram menos sentimentos de repúdio do que os celebrados a título oneroso, é preciso, em desfavor dos contratos a título gratuito, trazer à colação outros valores com relevância constitucional para lá do direito de constituir família e que estão implicados nesta

¹²⁰ Essa situação intolerável de um mercado internacional dos serviços de reprodução ou o que poderei chamar a globalização do turismo reprodutivo é bem descrita no seguinte trecho: “Desde el punto de vista comercial, el contrato de gestación fue una bendición del cielo. Separó los componentes de la concepción y creó un mercado considerablemente más grande y más rentable para cada uno. Además, creó muchas más opciones para los consumidores de servicios de reproducción, y redujo los riesgos y la ambigüedad que habían prevalecido en los acuerdos tradicionales. Estos componentes se reforzaron mutuamente, mientras la legislación más predecible, al menos algunas jurisdicciones, mejoró la oferta y la demanda de los ingredientes básicos de la reproducción. Como era de esperar, la separación de los componentes de la oferta también permitió que el mercado de la gestación fuera globalizándose lenta y silenciosamente.”; *idem*, **Op. Cit.**, pp. 143-144.

¹²¹ SILVA, Miguel Oliveira da (2017) – Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer, **Op. Cit.**, p. 167.

¹²² OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (1992) – Mãe há só (uma) duas!, **Op. Cit.**, p. 45 e ss..

¹²³ Para se concluir da nulidade dos contratos onerosos, “[...] restaria ainda colocar a questão se poderia ser sujeito à técnica da redução do art.º 292º do CC, eliminando a parte nula para manter válida a parte não viciada, ou seja, anular-se-iam do contrato todas as cláusulas referentes ao pagamento do «serviço» de gestação prestado pela gestante e o pagamento pela entrega da criança e renúncia dos poderes parentais. Porém, não pode ser dado como certo que a vontade hipotética da mãe de gestação se coadune com um compromisso contratual sem previsão de retribuição, pelo que o contrato seria nulo, o que, nos termos do art.º 289º do CC, implicaria a retroatividade do negócio ao momento em que foi celebrado, implicando a restituição de tudo o que tiver sido prestado.”; CORREIA, Eufrásia Georgina Neto (s.d.) – **Mater semper certa est? A Maternidade de Substituição no Ordenamento Jurídico Português**. Dissertação de Mestrado apresenta à faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 45.

problemática, nomeadamente: “[...] a integridade dos laços de parentesco, tal como eles são entendidos numa certa comunidade e, sobretudo, a defesa dos interesses do filho [...]”¹²⁴.

3.4. As questões do consentimento e do arrependimento no contrato de gestação

Via de regra, o acordo é realizado normalmente entre a mãe de gestação e a mãe portadora. No entanto, é preciso ter em conta a intervenção dos respetivos maridos ou companheiros(as), cuja participação se traduz num consentimento, a qual integra uma vontade de assumir a paternidade jurídica da futura criança, isto no que respeita aos companheiros da mãe de receção. Já no que diz respeito ao marido ou companheiro(a) da mãe de gestação, esse consentimento materializa-se no compromisso de entrega da criança logo após o parto ao casal beneficiário e ainda no reconhecimento de que a mãe portadora é, para todos os efeitos legais, a mãe. Um dos aspetos que julgo mais criticável na Lei vigente sobre os contratos de maternidade de substituição diz respeito à não consideração devida do direito ao arrependimento da parte da mãe portadora que é forçada a entregar a criança logo quando o parto ocorre. Aliás, este direito ao arrependimento constitui, em última instância, a aplicação do n.º 2 do art.º 81º do CC, segundo o qual quando alguém pode licitamente dispor de direitos de personalidade tem poder para revogar esse ato. Ademais, esta questão atinente ao arrependimento tem sido dirimida não raro em tribunais, já que uma das partes se arrepende e deixa a contraparte do acordo desvalida. Uma solução para esta questão poderia ser a seguinte: considerando o contrato como uma via válida de determinação da filiação e inclusivamente um critério mais forte do que o biológico, então as partes não se poderiam arrepender e, além disso, a contraparte

¹²⁴ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (1992) – **Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 52. Um outro argumento utilizado por este autor para defender a invalidade dos contratos gratuitos liga-se ao superior interesse da criança, já que: “No nosso sistema jurídico, os juízos sobre o destino das crianças resultam sempre de uma ponderação concreta dos seus interesses, em face de todas as circunstâncias do caso. Isto supõe que as crianças já existem e supõe a organização de um processo delicado. Não pode pretender demonstrar-se que o interesse da futura criança ficará satisfeito, com a mera alegação de que provavelmente, o casal que encomenda um filho vai amá-lo e dá-lo bem-estar.”, *idem*, **Op. Cit.**, p. 57. Mais acrescenta este autor: “Nos sistemas jurídicos europeus, como o nosso, a questão tem de situar-se no âmbito do Direito da Família – com o seu espaço reduzido para a autonomia dos particulares e a presença tradicional da lei e do juiz numa função ora diretiva, ora simplesmente homologadora. [...] O destino de um filho escapa à mera decisão dos seus progenitores, é assunto de interesse público e todas as alterações do estado civil são controladas pelo Estado. [...] A autonomia privada está reduzida a um limite onde não cabe este acordo, segundo o qual uma mulher se compromete a gerar um filho e a entregá-lo a outra. Este será, afinal, um modo de falar no princípio máximo da indisponibilidade do estado das pessoas, com o sentido de que o estatuto familiar dos cidadãos, por ser de interesse público, não deve ficar sujeito a modificações voluntárias e livres de qualquer controle estadual.”; *idem*, **Op. Cit.**, pp. 58-61.

do negócio poderia exigir judicialmente o cumprimento do contrato, em conformidade com o art.º 817º do CC. Esta questão relativa à possibilidade do arrependimento e, conseqüentemente, incumprimento do contrato, por qualquer uma das partes implica um conjunto de questões de grande relevância¹²⁵. Na verdade, do meu ponto de vista, existe um vazio legal no que concerne ao facto de sobrevir um arrependimento de uma das partes, ou seja, o regime atual que disciplina a gestação de substituição não dá resposta suficiente a questões como: O que sucede se a mãe de substituição se recusar a entregar a criança?; Qual o efeito para a criança se nascer com problemas de saúde e o casal beneficiário já não aceitar a criança?. Este é um aspeto que tem ocorrido ao nível da jurisprudência, sendo paradigmático o caso do “Baby M” em que o casal Stern, mediante os serviços de uma agência, realizou um acordo com uma mãe portadora, tendo sido então o contrato celebrado com a anuência de ambas as partes e, designadamente, que a mãe de substituição seria inseminada artificialmente com os gâmetas do marido da mãe beneficiária e que após o nascimento da criança esta seria entregue ao casal, renunciando, assim, ao seu estatuto de mãe. Todavia, quando a criança nasceu esta não foi entregue, já que a mãe de substituição se recusou a cumprir o contrato, tendo o casal beneficiário recorrido ao tribunal de New Jersey para demandar uma execução específica do contrato. Em primeira instância, o magistrado reconheceu que o pai beneficiário era o pai biológico, e mais considerou este tribunal que o melhor para garantir o interesse da criança seria permanecer com o pai biológico, determinando a adoção da criança pela sua mulher. O que ocorreu nesta situação foi, portanto, o reconhecimento da força vinculativa do contrato, preenchendo a pretensão da execução específica. Seguiu este caso, em sede de recurso, para o Supremo Tribunal de New Jersey que deliberou que os pais da criança seriam o casal beneficiário e que à mãe beneficiária não poderiam ser vedados os seus direitos face à criança nem tampouco renunciar ao seu estatuto familiar, mas como os pais beneficiários estavam separados, ponderou este tribunal superior que a guarda da criança

¹²⁵ Tais como aquelas apontadas por Marta Costa e Catarina Saraiva Lima: “Neste sentido, cabe questionar se deverá ser concedido à portadora um período de reflexão para o arrependimento lícito (que não constitua, portanto, incumprimento) [e esse é um aspeto que não está expressamente acautelado na vigente lei da gestação de substituição, o que é do meu ponto de vista muito criticável], e se esta solução fará sentido ainda que a portadora não tenha qualquer relação genética com a criança [embora não possamos negligenciar o facto de que foi ela que a gerou no seu ventre]; ou se, pelo contrário, a maternidade e/ou paternidade da criança deve encontrar-se já definida, imperativamente, no momento da celebração do contrato de maternidade de substituição [que é o que ocorre na atual legislação sobre esta matéria e inclusive no contrato disponibilizado pelo CNPMA que no seu considerando inscrito na alínea f) estipula que: *a criança que nascer através do recurso ao presente contrato de gestação de substituição é sempre tida como filha do casal beneficiário.*], sem possibilidade de revogação posterior pelas partes envolvidas.”; COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva (2012) – A Maternidade de Substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. In **Lusíada. Direito**. N.º 10, p. 284.

seria concedida ao pai beneficiário por ter melhores condições, ocorrendo, deste modo, uma regulação do exercício do poder paternal de pais separados. Esta questão é, na verdade, complexa, sendo possível equacionar várias situações diversas. Assim, por exemplo quando ocorre uma maternidade de substituição em que a criança é gerada por intermédio do material genético de ambos os elementos do casal contratante, então a mulher que suporta a gravidez torna-se meramente portadora, o que julgo, não tem em conta os laços intrauterinos desenvolvidos e os sentimentos de apego entre a portadora e o feto. Um dos entendimentos possíveis¹²⁶ é o de que existindo arrependimento da parte da mãe de substituição, esvazia-se o sentido de a criança lhe ser entregue, dada a inexistência de qualquer vínculo genético e, à revelia do art.º 1796º n.º 2 do CC, nessas situações, o parto já não é um critério para a qualificação de mãe por não existir um critério biológico para determinação da maternidade¹²⁷.

Outra situação possível de equacionar é aquela que respeita ao facto de o material genético ser de ambos os elementos do casal beneficiário e a criança vir a nascer com problemas físicos ou psicológicos e, segundo Sandrine Ramos Pereira, neste caso, não pode existir arrependimento por parte destes¹²⁸. Numa outra situação em que o óvulo fecundado pertence à mulher portadora, aqui deve aplicar-se o art.º 1796º n.º 2 do CC; a mulher portadora é, de facto e de direito, a mãe biológica, isto em virtude da ligação que estabelece com o feto e que já não é apenas sentimental, mas também biológica¹²⁹. Já

¹²⁶ Como aquele que é desenvolvido por PEREIRA, Sandrine Ramos (2016) – **Procriação Medicamente Assistida. Maternidade de Substituição.** Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 37.

¹²⁷ Embora não concorde com esta posição, não deixo de a mencionar: “Após o nascimento da criança não deve existir mais nenhuma ligação à mulher portadora, no meu entender, ela não deverá ter direitos nenhuns sobre a criança. Se, mais tarde quando a criança conseguir assimilar e entender as razões e os pais lhe quiserem contar todo o processo, então aí poderá haver uma proximidade entre ambos, mas será escolha dela e não porque um juiz assim o decidiu. A decisão deverá ser que a criança seja entregue à verdadeira mãe biológica e ao seu pai, pois biologicamente é somente filho(a) deles. Só deve haver possibilidade de arrependimento antes de se iniciar o processo de inseminação.”; *idem, ibidem*, p. 37.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p. 38, acrescentando a autora que: “A criança é biologicamente filho(a) deles, existe o dever e a obrigação de cuidar dela, de dar-lhe o melhor tratamento possível. Faz parte das obrigações deles e não da mulher portadora. Se a criança fosse gerada no útero da mulher impossibilitada o mesmo dever existiria, logo o facto de não o ter sido não deve ser desculpa para não assumir as suas responsabilidades parentais. Da mesma forma deve ser tratado quando somente é usado material biológico masculino da parte contratante. Ele será o pai da criança, terá de assumir as suas responsabilidades [raciocínio com o qual concordo].”, p. 38

¹²⁹ A mesma autora baseia esta sua conclusão nas seguintes considerações: “Mesmo sabendo que inicialmente esta criança foi gerada com o intuito de após o seu nascimento ser entregue à família contratante, acredito que durante a gravidez haja alteração desse sentimento e que na altura da entrega da criança tal possa a vir a acontecer arrependendo-se da sua decisão inicial. Nesta situação não vejo outra solução senão, a mesma que foi aplicada pelo Supremo Tribunal no caso do “baby M”, isto é, pelo melhor interesse da criança, averiguar-se qual dos pais consegue dar uma vida melhor a criança [...] Aqui a mãe biológica foi a que deu à luz, neste sentido tem o direito de se arrepender não entregando a criança. [...]”

quanto às situações em que inexistente qualquer material biológico do casal contratante, deverá aplicar-se o preceituado no art.º 1796º n.º 2 do CC¹³⁰. Tal como destaca Vera Lúcia Raposo: “O direito ao arrependimento é uma das matérias mais discutidas no âmbito dos contratos de gestação e provavelmente um maior obstáculo a sua aceitação.”¹³¹. Ainda segundo o entendimento da mesma autora a principal motivação do direito ao arrependimento consiste na preservação na liberdade de decisão da gestante de substituição, de modo a que a sua vontade não fica tolhida por um contrato. Se pensarmos em termos de um arrependimento da mãe portadora antes da ocorrência do parto, é certo que ela tem a faculdade de arrependimento de duas formas: recusando a transferência embrionária ou abortando o embrião/feto. Já quanto ao arrependimento após o parto, permito-me discordar da posição sufragada de Vera Lúcia Raposo, que não contempla a vontade de a mãe portadora desejar manter para si a criança em virtude dos laços que foi criando com a própria criança¹³². Por outro lado, também é preciso ponderar a eventualidade de os pais contratantes se arrependerem e, mais uma vez, discordo da orientação seguida por esta autora, por manifestar um entendimento muito redutor do que são verdadeiramente responsabilidades parentais¹³³. Contudo, a autora tem razão neste ponto: “[...] mas se compreende que a questão não seja clara e detalhadamente tratada na

existindo este arrependimento, as despesas ficariam ao encargo da mãe e as que já tivessem sido pagas pelo casal, devolvidas.”; *ibidem*, p. 38.

¹³⁰ Além disso, concordo com a seguinte perspetiva atinente ao ramo do direito que deve cuidar dos casos de arrependimento: “Nos casos de arrependimento, em que há necessidade da sua solução ser encontrada num tribunal, penso que não deverá ser decidido sob o domínio do Direito das Obrigações mas sim sob o domínio do Direito da Família. Apesar de estar presente um contrato, em que ambas as partes concordaram com o que foi estipulado, não se deve tratar do problema como se fosse um objeto o motivo do conflito. Quero com isto dizer que, o que se pretende é saber a quem a criança será entregue, quem irá proteger melhor os seus interesses, tentar arranjar a melhor solução em prol da criança e não de um objeto qualquer sem sentimentos ou necessidades.”; *idem, ibidem*, p. 39.

¹³¹ RAPOSO, Vera Lúcia (2017) – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre Contratos de Gestação (mas o legislador teve medo de responder), **Op. Cit.**, p. 15. Clarifica ainda a mesma autora, o seguinte: “Usualmente esta expressão refere-se à mudança de opinião da gestante após o parto, que ao invés de entregar a criança aos pais contratantes pretende agora mantê-la para si. Porém, a verdade é que o direito ao arrependimento pode assumir múltiplas versões: atuar antes ou depois do parto e referir-se quer à gestante (seja porque esta pretende abortar, seja porque pretende manter a criança para si) quer aos pais contratantes (que podem pedir/exigir à gestante que interrompa a gestação ou, embora não tencionem impedir o nascimento da criança, já não a querem para si), pp. 15-16.

¹³² A argumentação, contrária à posição que defendo, da autora, a este respeito é a seguinte: “É no mínimo duvidoso que a gestação, em si e por si, funde qualquer poder sobre o novo ser. Além do mais, porque há de a livre mudança de opinião da gestante de substituição valer mais do que a vontade que previamente manifestou de forma livre no contrato? Ou ainda, numa outra perspetiva, porque há de a gestação da criança, isolada de qualquer outro dos critérios de maternidade, valer mais do que a contribuição genética, ou até do que a vontade de manter para si a criança?”; *idem, Op. Cit.*, pp. 16-17.

¹³³ A sua argumentação, com a qual discordo, é, pois, a seguinte: “De novo – e de novo também pela natureza das coisas – há arrependimento que a lei não pode impedir, pois que ninguém pode ser obrigado a cuidar de uma criança, nem mesmo os pais biológicos de crianças nascidas por ato sexual. De modo que, não há forma de impedir que os pais contratantes deem para a adoção uma criança que já não desejam, por muito reprovável [e é] que tal seja eticamente.”; *idem, Op. Cit.*, p. 17.

regulamentação do contrato de gestação.”¹³⁴. Evoco que já aquando da redação originária da lei (lei n.º 32/2006) o legislador se confrontara com esta problemática, tal como expressa o art.º 14º n.º 4 dessa lei (*o consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA*). Numa interpretação extensiva, podemos entender que o preceituado nesse artigo deve também valer para a gestação de substituição, ou seja, a faculdade do arrependimento vai até à transferência uterina. O que a autora Vera Lúcia Raposo contesta nessa lei, a este propósito, é a inexistência de um verdadeiro direito ao arrependimento, uma vez que é estipulada uma responsabilização pelos efeitos resultantes da mudança de opinião, designadamente dos pais contratantes. Considera ainda a autora que essa lei é omissa no que concerne a um eventual direito de arrependimento após o nascimento da criança, conquanto, uma leitura atenta do art.º 8º n.º 7 permita inferir que essa omissão, em rigor, não existe, dado que esse preceito estabelece que a criança será considerada filha dos beneficiários. A solução aventada por Vera Lúcia Raposo é então a seguinte: “[...] a única hipótese destes contratantes se «desligarem» da criança é entregá-la para a adoção, pois não existe outra forma de «escapar» da parentalidade, nem mesmo uma hipotética cedência da criança à gestante de substituição, a qual apenas poderá manter a criança consigo por via de uma futura adoção.”¹³⁵. Desde a primeira redação da lei, neste processo evolutivo da legislação até à atual lei da gestação de substituição, o legislador não deixou de defrontar-se com a questão do arrependimento da gestante, embora a lei n.º 32/2006 não consagre expressamente qualquer direito ao seu arrependimento. Aqui, por aplicação analógica do art.º 14º n.º 4 dessa lei é possível admitir que a gestante desista do processo até à transferência uterina dos embriões. No entanto, esta eventualidade levanta outros problemas, nomeadamente o de saber se a gestante sofrerá consequências em virtude do seu arrependimento, como por exemplo, reembolsar os pais contratantes de despesas entretanto realizadas, uma matéria omissa na lei, pois, segundo Vera Lúcia Raposo “[...] a gestante terá de reembolsar os pais contratantes de eventuais despesas já feitas, mas

¹³⁴ *Idem, ibidem.*

¹³⁵ *Idem, Op. Cit.*, p. 20. Mais acrescenta esta autora que: “Nem a morte de um dos contratantes, nem o divórcio ou nem mesmo o facto de a criança nascer com graves problemas de saúde por causa imputável à gestante de substituição [...] lhes permite recusar a criança. Quando muito, poderão reclamar em tribunal uma indemnização por danos, nos casos em que a criança nasce com um problema de saúde causado por comportamento negligente daquela. Pode igualmente colocar-se a hipótese de haver um arrependimento de ambos os lados, que convirja num desfecho que poderá ser favorável às duas partes contratuais: suponha-se que os pais contratantes já não desejam a criança, enquanto que a gestante se afeiçoou a ela. Não há motivo algum para que a gestante não mantenha a criança neste caso, mas terá de recorrer ao mecanismo da adoção, uma vez que os contratantes são os pais legais da criança.”; *idem, Op. Cit.*, pp. 20-21.

apenas isso e não mais do que isso.”¹³⁶. Já quanto ao arrependimento pós-parto, discordo da orientação seguida por esta mesma autora - dada relevância dos laços, do apego ou vinculação criados ao longo da gestação – ao defender que “[...] este direito não deve ser reconhecido (pelo menos não quando a gestante de substituição não seja igualmente progenitora genética) e parece que também o nosso legislador assim o entendeu [opção com a qual também discordo], ao não incluir qualquer previsão nesse sentido.”¹³⁷. No que concerne à questão do consentimento das partes com vista ao acordo, bem se compreende que este terá que ser informado e expresso de maneira escrita e concisa e desejavelmente, com a intervenção dos respectivos companheiros ou maridos. Evoco que se encontra consagrado o consentimento informado na prestação de cuidados de saúde, como manifestação do direito ao *desenvolvimento da personalidade* (art.º 26º n.º 1 da CRP). Com efeito, o conteúdo do respetivo consentimento informado configura uma questão primordial, sendo reflexo do conteúdo do contrato de substituição. Tal consentimento informado, voluntário e livre, deve abranger as pessoas envolvidas – a grávida de substituição e o casal de pais prospetivos.¹³⁸. Esse elemento do consentimento encontra-se, na realidade, previsto no contrato de gestação de substituição disponibilizado pelo CPMA, cuja alínea g) dos considerandos iniciais estipula que: *o casal beneficiário e a gestante foram informados por escrito dos benefícios e dos riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, das suas implicações éticas, sociais e jurídicas e do*

¹³⁶ *Idem, Op. Cit.*, p. 22.

¹³⁷ *Idem, ibidem*. Assinalo que esta autora foi evoluindo na sua reflexão acerca deste tema, porquanto havia defendido inicialmente (designadamente na obra **De mãe para mãe**) que a gestante deveria poder decidir, dentro de um prazo razoável após o parto, se mantinha para si a criança, chegando a uma posição de proibição legal do arrependimento da gestante após o parto nomeadamente quando a gestante não mantenha laços genéticos com a criança.

¹³⁸ Este consentimento informado deve atender a: i) quais as reais motivações que levam uma mulher a querer ser grávida de substituição, seja de forma anónima ou dirigida; ii) se a candidata já teve ou mais gravidezes e filhos e quantas vezes poderá ser grávida de substituição; iii) o que se diz às crianças já filhas da grávida de substituição (se as houver) e que com ela vivem, ao verem a mãe grávida de uma criança que em princípio pode nunca sequer chegar a ver; iv) o compromisso com os pais prospetivos, o casal beneficiário, em informar a criança sobre o modo como veio ao mundo [de acordo com o parecer do CNECV 2012]; v) a autonomia da gestante: direito a participação na escolha do médico, tipo e local do parto e amamentação, havendo quem defenda a cesariana sem posterior aleitamento natural em 100% dos casos [algo com que discordo], para que a grávida de substituição não chegue a ver a criança que pariu e não se reforcem laços emocionais [os quais, do meu ponto de vista, já são criados mesmo na relação precoce da mãe com o feto em ambiente intrauterino] de consequências ainda mais incertas; vi) idade máxima da grávida de substituição (a lei portuguesa não a prevê) [por exemplo o processo já em curso de uma avó com 50 anos como mãe portadora, parece-me uma idade excessiva para suportar uma gravidez] e gestação do respetivo estilo de vida e condicionamentos de saúde durante a gestação; vii) apoio psicológico durante todo o processo e seguro à pagar a gestante [algo que se encontra omissa na lei da gestação de substituição] em caso de danos e/ou o que fazer se o feto morrer até ao parto.”, SILVA, Miguel Oliveira da (2017) – Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer, **Op. Cit.**, pp. 166-167.

significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal, tendo prestado expressamente o seu consentimento para a realização dos necessários procedimentos de PMA de forma livre e esclarecida. Evoco a este propósito que já em 2012, a pedido da AR, o CNECV produziu um parecer (parecer n.º 63 do CNECV sobre PMA e gestação de substituição, de 21 de março) no qual recomendava que fossem tomadas medidas bem como um conjunto vasto de critérios entre os quais figurava o consentimento que, segundo este parecer, poderia ser revogado pela mãe de substituição, em qualquer altura até ao início do parto. Nesse caso, a criança deveria ser considerada para os diversos efeitos sociais e jurídicos, como filha de quem deu à luz. Mais acrescentava esse Parecer um aspeto relevante, que se encontra omissa na lei vigente, segundo o qual a mãe de substituição e o casal beneficiário deveriam estar devidamente informados que a futura criança dispunha do pleno direito à cognoscibilidade das condições em que foi gerada.

CAPÍTULO 4: DO ESTABELECIMENTO DA MATERNIDADE À DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO

4.1. A questão da parentalidade: estabelecimento da maternidade e da paternidade

4.1.1. O estabelecimento da filiação no Código Civil português

Segundo o art.º 1796º n.º 1 do CC, primeira parte: *relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento*. Este preceito introduzido pelo legislador em 1977 não tinha em conta a possibilidade de dissociação da figura da maternidade em genética e uterina. Já quanto ao pai, os artigos 1796º n.º 2 do CC e art.º 1826º n.º 1 CC, consideram que a paternidade se presume em relação ao marido da mulher, salvo se a mulher manifestar situação diversa na declaração de nascimento e tendo ainda em conta as exceções do art.º 1828º e art.º 1829º do CC. Por conseguinte, no que respeita à paternidade, o estado de casada da mulher abriu flanco à possibilidade de uma orientação mais simples no que toca à determinação da paternidade, com base na ideia da maior probabilidade de o autor da fecundação ser o marido, conquanto seja uma presunção ilidível, já que pode ser impugnada a paternidade (art.º 1838º e ss. e art.º 1840º do CC). Já fora do casamento, a paternidade é estabelecida pelo reconhecimento, o qual pode ser a perfilhação ou reconhecimento judicial. Assim sendo, aquilo que sucedia tanto na determinação da maternidade como da paternidade era um primado da ligação biológica entre os pais e a criança, situação que veio a ser modificada designadamente com o recurso às técnicas de PMA que vieram exigir novos critérios, mormente no caso da inseminação heteróloga em que a ligação biológica cede perante o consentimento. Atendendo ao art.º 1839º n.º 3 do CC, verifico que existe uma impossibilidade de impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu. Concordo com Oliveira Ascensão quando considera que, na verdade, a lei não está a “falsificar a vontade biológica”, mas a criar uma nova modalidade de vínculo de paternidade para lá do adotivo e do biológico¹³⁹. Por conseguinte o art.º 1839º n.º 3 do CC marca já uma diferenciação entre filiação jurídica e filiação biológica. Com efeito, o n.º 1 do art.º 1796º do CC consigna o princípio de que a maternidade resulta do nascimento e depende de mera declaração uma vez observado o preceituado nos artigos 1803º a 1805º do CC: a filiação jurídica corresponde à filiação biológica oriunda do

¹³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira (1998) – Procriação Assistida e Direito. In **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez**. Vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 645-676.

nascimento, o que é uma novidade da reforma de 1977. Já no que respeita à paternidade existem várias vias para o seu estabelecimento, a saber: quanto ao filho nascido da mulher casada, mediante a presunção legal de paternidade do marido da mulher (art.º 1826º e art.º 1835º do CC); se for um filho de mulher não casada, a paternidade pode estabelecer-se por perfilhação (art.º 1849º e ss. do CC e art.º 120º do Código de Registo Civil) ou ainda por decisão judicial em ação de investigação (no caso de não ter ocorrido reconhecimento voluntário da paternidade). Neste último caso, são possíveis duas hipóteses: em ação oficiosa de investigação de paternidade, intentada pelo Ministério Público, antecedidas de uma averiguação oficiosa da paternidade (art.º 1864º a 1868º do CC e art.º 121º do Código de Registo Civil e art.º 202º a 207º da Organização Tutelar de Menores). Outra hipótese é em ação não oficiosa de investigação de paternidade, sobretudo intentada pelo filho caso a maternidade já se encontre estabelecida ou for pedido conjuntamente o reconhecimento de uma e de outra, podendo o filho intentar a ação por si ou mediante representante legal ou ainda representado pelo Ministério Público.

A respeito da lei da gestação de substituição, evoco que os signatários do pedido de declaração da inconstitucionalidade de certas normas dessa lei, nomeadamente a de 25/2016, de 22 de agosto, por considerarem que a nova redação do art.º 20º n.º 3 da Lei da PMA, quando dispensa a instauração da averiguação oficiosa da paternidade quando só existiu o consentimento da pessoa submetida a PMA, viola os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art.º 26º n.º 1 e 3 da CRP) e ainda do princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1 e art.º 67º n.º 2 alínea e) da CRP), do princípio da igualdade (art.º 13º da CRP) e do princípio da proporcionalidade (art.º 18º n.º 2 da CRP). Evoco ainda o art.º 68º, designadamente o seu n.º 2 da CRP, dada a sua relevância no que concerne à proteção da paternidade e da maternidade: *A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes*. Assim, este artigo consagra aos pais e às mães, unidos ou não pelo matrimónio, um direito à proteção do Estado na realização da sua missão face aos filhos, como por exemplo promover a sua educação¹⁴⁰. Em suma, o estabelecimento da paternidade realiza-se

¹⁴⁰ Analisando este mesmo preceito constitucional, CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martinez, consideram: “Os pais e as mães desempenham, no momento da geração e da educação dos filhos, uma tarefa do mais profundo interesse social. Esta tarefa representa um pesado encargo, tanto para a mãe como para o pai; talvez mais para a primeira, sobretudo durante os primeiros anos de vida dos filhos, em que estes precisam de particulares cuidados. Para que as mães e os pais, para além da natural satisfação dos seus estados, e da realização pessoal que estes representam, não sofram prejuízos que afetem as suas carreiras e a sua vida pessoal e profissional e, portanto, o interesse social, e não se sintam desmoralizados em prosseguir nesta tarefa de maior interesse social, o art.º 68º garante-lhes por parte do Estado uma

mediante a presunção de paternidade, da perfilhação e do reconhecimento judicial da paternidade.

Ora, quando a Lei da gestação de substituição impõe o sigilo dos dados não vem ao encontro dos três elementos comuns a esse mesmo estabelecimento da paternidade, a saber: “[...] o de satisfazerem o direito de cada ser humano a conhecer o seu pai; e o de fazerem coincidir a paternidade jurídica com a paternidade biológica.”¹⁴¹. Esclarecendo de forma mais detalhada esta questão do estabelecimento da paternidade, segundo o regime atual, presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe, tem como pai o marido desta (art.º 1826º n.º 1 do CC, que contém a presunção *pater is est...*). Por seu lado, o art.º 1828º do CC preceitua que finda a presunção geral caso o filho/a tenha nascido dentro dos 180 dias posteriores à celebração do casamento e a mãe ou o marido tenham declarado, no ato do registo do nascimento, que o marido não é o pai¹⁴². De acordo com o art.º 1826º do CC a paternidade presumida não pode ser impugnada além dos casos previstos nos artigos seguintes, sendo que o art.º 1839º n.º 2 do CC, consigna o sistema da prova livre da não-paternidade do marido da mãe, “[...] que é o mais consentâneo com o objetivo de se alcançar a verdade biológica.”¹⁴³. A mãe ou o seu marido dispõem dos 180 dias posteriores à celebração do casamento para impugnarem a paternidade do filho (art.º 1840º n.º 1 do CC), através de mera formulação do pedido e prova das datas do casamento e do nascimento. Existem, no entanto, situações em que a mãe ou o seu marido não podem impugnar a paternidade por esta via, mas antes

particular proteção.”; **Op. Cit.**, p. 102. Com efeito, na formulação que lhe foi conferida pela 1ª Revisão Constitucional, o art.º 68º da CRP “[...] passou a reconhecer e a garantir um verdadeiro **direito fundamental dos pais e das mães**, enquanto tais; isto é, nas suas relações com os filhos. [...] o que está aqui em causa não é tanto a proteção das crianças (art.º 69º CRP), mas sim a proteção dos pais e mães nos seus direitos e deveres em relação aos filhos. [...] ao caracterizar a **paternidade e a maternidade** como «valores sociais iminentes» (n.º 2), a Constituição reconhece-as igualmente como *garantias institucionais*, protegendo-as como valores sociais e constitucionais objetivos. [...] igual importância reveste a igualdade do estatuto constitucional dos pais e das mães em relação aos filhos, **independentemente de serem ou não casados**. Os direitos dos pais e mães e o valor social iminente da paternidade e da maternidade não dependem da existência de um vínculo matrimonial, não podendo aliás estabelecer-se qualquer discriminação entre os filhos de acordo com o facto de os pais serem ou não casados (art.º 36º n.º 4 da CRP).”; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 863-865.

¹⁴¹ CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martinez, **Op. Cit.**, p. 391.

¹⁴² “A presunção de paternidade é aqui «supletiva», só funcionando na falta de declaração em contrário da mãe ou do marido desta. Também cessa a presunção de paternidade, nos termos do art.º 1829º, se o nascimento do filho correr passados 300 dias depois de finda a coabitação dos cônjuges. Nesta situação não há sequer a presunção supletiva [...] As leis da biologia eliminam «radicalmente» o fundamento da presunção.”; *idem, ibidem*, p. 392.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 393, mas esclarecendo os mesmos autores que: “O n.º 3 do art.º 1839º acrescenta que não é permitida a impugnação da paternidade, com fundamento em inseminação artificial, pelo cônjuge que nela consentiu. Existirá aqui uma espécie de adoção pelo cônjuge que não é pai biológico.”.

pelo recurso ao n.º 2 do art.º 1839º do CC. O reconhecimento da paternidade do filho nascido ou concebido fora do matrimónio realiza-se através de perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação, nos termos do art.º 1847º do CC. Quanto à perfilhação é um ato pessoal e livre através do qual alguém reconhece a paternidade de outrem nascido ou concebido fora do matrimónio (art.º 1849º do CC conjugado com o art.º 1847º do CC). Considera ainda o art.º 1854º que a perfilhação pode ocorrer a todo o tempo, antes ou depois do nascimento do filho, ou depois da morte deste, embora o art.º 1855º do CC estipule que a perfilhação de nascituro só tem validade caso seja posterior à conceção e o perfilhante indicar a mãe. Noto ainda, nos termos do art.º 1856º do CC, que a perfilhação subsequente à morte do filho só produz efeitos em favor dos seus descendentes¹⁴⁴. Como esclarecem Diogo Leite Campos e Mónica Martinez de Campos, a ação de impugnação da paternidade firmada por via da perfilhação distingue-se da ação de anulação da perfilhação¹⁴⁵.

4.2. A filiação e a Procriação Medicamente Assistida em face da maternidade de substituição

Antes mesmo de incidir sobre o tema específico da maternidade de substituição, julgo pertinente começar por fazer algumas considerações acerca do estabelecimento da filiação, nos casos de procriação medicamente assistida homóloga e parcialmente heteróloga. Certo é que o nascimento de uma criança por via do recurso a uma técnica de PMA exige um procedimento com vista à determinação jurídica da respetiva filiação. Por exemplo no caso da procriação homóloga *post-mortem* consentida pelo membro masculino do casal que faleceu, a filiação é estabelecida por reconhecimento judicial, nos termos gerais. É importante aqui não descurar que o art.º 2033º n.º 2 alínea a) do CC atribui capacidade testamentária ou contratual aos nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão, enquanto que o art.º 2033º n.º 1 atribui capacidade sucessória geral a todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, o que não viabiliza o reconhecimento de direitos

¹⁴⁴ “Como a natureza e o Direito não admitem roturas bruscas, a personalidade jurídica prolonga-se, na «realidade» e no «direito», para além da morte. Pelo que uma pessoa já falecida pode ser perfilhada passando a ser filha (jurídica) de outra.”; *idem, ibidem*, p. 396.

¹⁴⁵ “Esta ação é instaurada a requerimento do perfilhante, quando a perfilhação se encontra viciada por erro ou coação moral, e caduca no prazo de um ano, a contar do momento em que cessou a coação ou a contar do momento em que o perfilhante teve conhecimento do erro (art.º 1860º do CC). Se o perfilhante falecer, têm legitimidade para intentar a ação de anulação no ano seguinte à sua morte, ou nela prosseguir, os descendentes ou ascendentes do perfilhante e todos os que se mostrem ter sido prejudicados nos seus direitos sucessórios por efeito da perfilhação (art.º 1862º do CC).”; *idem, ibidem*, pp. 396-397.

sucessórios legais ao filho nascido por inseminação *post-mortem*¹⁴⁶. Aliás o art.º 23º da LPMA prevê que, se após a morte do marido ou homem com quem vivia em união de facto, a mulher for inseminada com sémen do falecido, a criança que vier a nascer é considerada filha do falecido exceto quando, à data da inseminação, a mulher esteja casada ou viva há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, segundo o art.º 14º da LPMA tenha dado o seu consentimento a tal ato.

Quanto à questão de saber como se determina a filiação caso ocorra maternidade de substituição exclusivamente gestacional com células reprodutoras provenientes do casal de receção, concordo com Jorge Duarte Pinheiro, para quem a filiação deveria ser estabelecida em relação aos seus membros, segundo as regras gerais¹⁴⁷. Apesar disso, o art.º 8º n.º 3 da LPMA considera que a mulher que suportar uma gravidez de substituição é considerada, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.¹⁴⁸ Contudo, numa primeira fase atendia-se ao estabelecimento da maternidade como definido no art.º 1796º n.º 1 CC, prevendo que a filiação materna resulta do facto do nascimento. Só que com a maternidade de substituição o que se inverte é que já não é uma situação em que a mãe de gestação é a mãe biológica. No entanto, entendo as razões pelas quais Jorge Duarte Pinheiro considera que o critério biológico é o decisivo, até porque para todos os efeitos (nomeadamente os do art.º 1816º n.º 1 CC), seria de supor que o filho nasceu da mãe genética e não da mãe de gestação¹⁴⁹. No caso da procriação assistida parcialmente heteróloga, a filiação é estabelecida face ao beneficiário que tiver contribuído com as respetivas células reprodutoras, segundo as regras gerais sobre o estabelecimento da filiação.

A redação atual da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho sobre a maternidade de substituição considera os pais contraentes (mesmo aquele que não deu o seu material

¹⁴⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte (2009) – **O Direito da Família Contemporâneo**. 2ª ed., Lisboa: AAFDL, pp. 260-261.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 263.

¹⁴⁸ “O diploma segue uma lógica estritamente obrigacional, que, aparentemente, coincide com a lógica subjacente ao sistema português de estabelecimento da maternidade. Numa visão puramente obrigacional, a invalidade obsta à produção das consequências pretendidas pelos contraentes. Se as partes do contrato de maternidade de substituição queriam que a qualidade jurídica de mãe coubesse à mãe de receção, a nulidade impede a relevância da vontade que manifestaram. Todavia, a constituição do vínculo de filiação não está sujeita às regras legais sobre os negócios jurídicos. O que será fulcral é o interesse da criança, cuja a proteção anima as normas atinentes à filiação.”; *idem, ibidem*.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 264, acrescentando este autor: “A preponderância do critério biológico ajusta-se ao peso do interesse da criança na configuração do direito fundamental de constituir família: dependendo o poder paternal da constituição do vínculo de filiação, é de esperar um melhor desempenho das responsabilidades parentais por aqueles que são os pais genéticos.”; *ibidem*.

genético) como pais da criança (art.º 8º n.º 7). Vera Lúcia Raposo aponta, no entanto, uma lacuna a esta lei que diz respeito aos casos de contratos nulos, uma vez que tais contratos não produzem efeitos, o que, segundo esta autora, parece excluir também os efeitos relativos à filiação¹⁵⁰, o que deve ser censurado, até porque não fica, desse modo, garantido o superior interesse da criança, justamente em caso de conflito resultante em quebra de contrato ou mesmo noutros conflitos como sejam: decisões sobre o fim da gravidez; a recusa da entrega da criança; a recusa da aceitação da criança após o nascimento ou ainda a morte dos beneficiários antes do nascimento. Daí que seja de criticar a existência de uma grande margem de insegurança jurídica para o estatuto das pessoas, em decorrência do regime da nulidade do contrato de gestação de substituição. Tal significa que as crianças geradas no âmbito de tais contratos que venham a ser anulados ficam impedidas de serem reconhecidas juridicamente enquanto filhos dos casais que recorrem à PMA, e o mesmo sucede com tais crianças geradas ao abrigo desses contratos quanto ao reconhecimento de sua paternidade, o que configura uma violação do direito à identidade pessoal além de ficar gravemente ferido o princípio da segurança jurídica, ainda para mais porque a lei da gestação de substituição não procede a uma clara diferenciação das causas invocadas com vista à declaração da nulidade do contrato em virtude do tempo ou da sua gravidade. De modo sinóptico, refiro ainda a filiação por consentimento não adotivo, ou seja, a modalidade de filiação que não é biológica nem adotiva. Contra esta referência a uma modalidade diversa de filiação está Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira que consideram que a chamada filiação por consentimento não adotivo é uma mera técnica de PMA, enquanto Jorge Duarte Pinheiro qualifica a filiação por consentimento não adotivo não como uma técnica de PMA, mas outrossim o resultado do recurso a uma técnica de PMA¹⁵¹. Seguindo ainda de perto este autor, tal modalidade da filiação radica na análise doutrinária do art.º 1839º n.º 3 do CC, o qual veda a impugnação de paternidade com o fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu e atribui a paternidade ao marido da mãe que foi submetida a

¹⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia (2017) – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, p. 31. Como adverte esta autora: “[...] Por outro lado, nem o art.º 8º nem qualquer outra disposição da lei afastam expressamente a parentalidade dos pais contratantes em caso de nulidade, nem sequer quando o contrato continua um ilícito típico.”; *ibidem*.

¹⁵¹ Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva (2011) – **Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica**. 2ª ed., Lisboa: AAFDL. Ainda segundo Jorge Duarte Pinheiro: “Demarcar-se da filiação biológica, por ser independente dos laços de sangue. Demarca-se da filiação adotiva, por se não constituir mediante sentença de adoção, apesar de pressupor também a vontade daquele que virá a assumir uma posição juridicamente equivalente à de progenitor.”; PINHEIRO, Jorge Duarte (2009) – O Direito da Família Contemporâneo. **Op. Cit.**, p. 267.

inseminação, mesmo que o esperma seja de terceiro, “[...] o que representa um afastamento do critério biológico da filiação, e sem que o vínculo de filiação tenha sido constituído por sentença, como acontece na adoção.”¹⁵² Porém, autores como Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Antunes Varela ou Costa Pimenta, entre outros, rejeitam este entendimento, argumentando que o filho resultante da inseminação tem a faculdade de impugnar a paternidade do marido da mãe, justamente porque ele não faz parte das pessoas que anuíram no ato de procriação assistida. Esta interpretação é rebatida por Jorge Duarte Pinheiro em nome de um interesse público forte na constituição do vínculo de filiação, o qual justifica, frequentemente, a relevância da mera vontade de ser pai¹⁵³.

Embora concorde com a visão de Jorge Duarte Pinheiro de que o desejável seria que não ocorresse uma situação de maternidade de substituição, certo é que a criança que nasça em virtude de um contrato de gestação por conta de outrem não pode ser ignorada. Daí a necessidade de determinar a respetiva filiação¹⁵⁴. O mesmo autor considera que a LPMA não favorece a definição da filiação paterna de criança cujo nascimento foi resultado de um contrato de maternidade de substituição e ainda menos parece beneficiar a constituição do vínculo de filiação ascendente quanto a duas pessoas que vivam em comum¹⁵⁵. No que diz respeito ao art.º 20º da LPMA temos a referência à determinação

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 267.

¹⁵³ “Quando não se confirma ou é pouco provável que se venha a confirmar a expectativa ou presunção de maior aptidão dos pais biológicos para o exercício do poder paternal, ou quando os progenitores faleceram ou são desconhecidos, se há outrem que queira assumir a responsabilidade parental, com reais vantagens para o menor, a lei abdica do critério biológico. Torna-se então viável a constituição de vínculo de filiação adotiva ou de filiação por consentimento não adotivo. Na procriação assistida heteróloga, não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternas a alguém que é um mero dador de material genético. O vínculo de filiação deve ser, em alternativa, constituído em relação ao beneficiário da PMA que não contribuiu, para o processo, com as suas células reprodutoras, desde que ele tenha consentido validamente na formação desse vínculo. Tanto mais que ele teve um papel causal determinante no nascimento. Foi a sua decisão que desencadeou o processo de procriação.”; *idem, ibidem*, p. 269. Mais acrescenta este autor: “O vínculo de filiação por consentimento não adotivo, constitui-se, em geral, relativamente ao beneficiário de procriação assistida, total ou parcialmente heteróloga, que não tenha contribuído para o nascimento com as suas células reprodutoras, por declaração de maternidade, presunção de paternidade, perfilhação ou reconhecimento judicial. Na ausência de um mecanismo legal autónomo de constituição do vínculo de filiação por consentimento não adotivo, aplicam-se, com as devidas adaptações, sempre, os modos de estabelecimento da filiação.”; **Op. Cit.**, p. 270.

¹⁵⁴ “[...] Tarefa que tem de ser realizada atendendo ao interesse superior da criança, que é [...] um aspeto central na regulamentação constitucional da família parental.”; PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, p. 337.

¹⁵⁵ “Por um lado, determina que a mãe de gestação é a mãe legal (art.º 8º n.º 3) e que o dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer (art.º 21º). Por outro lado, no caso de inseminação com sémen de dador, admite a fixação da paternidade somente quanto àquele que, sendo marido da mulher inseminada ou que viva com ela em união de facto, tenha consentido na inseminação, enquanto beneficiário da técnica de procriação medicamente assistida heteróloga (art.º 20º). Ou seja, seguindo a lógica da LPMA, a criança, em regra, não terá pai. Se quem tiver contribuído com as células reprodutoras masculinas for terceiro, ele nada mais é do que um mero dador.”; *idem, ibidem*, pp. 340-341.

de paternidade no caso de nascimento decorrente de inseminação artificial heteróloga e sendo a mulher inseminada casada, presume-se a paternidade do marido, a qual pode ser impugnada pelo marido se for provado que não existiu consentimento válido ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado (art.º 20º n.º 5 da LPMA). Quanto à mulher que viva em união de facto com pessoa de sexo oposto e quando o companheiro haja consentido na inseminação, a criança é considerada como filha do membro masculino da união de facto (art.º 20º n.º 1 da LPMA) e, segundo entende Jorge Duarte Pinheiro, o vínculo de paternidade será constituído por perfilhação, “[...] por presunção atípica assente no documento de prestação do consentimento à inseminação ou por reconhecimento judicial.”¹⁵⁶. Com efeito, o art.º 20º da LPMA – tal é o entendimento de Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira – como que alarga a presunção de paternidade para lá do art.º 1826º do CC, “[...] uma vez que estabelece que o marido, tal como o companheiro, que consinta por escrito, de forma expressa e informada, perante médico responsável (art.º 14º n.º 1) será havido como pai do filho da mulher inseminada”. É ainda importante ter em conta, ainda no contexto da inseminação artificial, o art.º 21º da LPMA, que exclui o dador de sémen da possibilidade de ser considerado como pai da criança que vier a nascer *não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela*, o que, segundo estes dois autores, consagra um atentado a uma perspetiva rigorosamente biológica da parentalidade, sendo isso ainda confirmado pela confidencialidade sobre a identificação do dador, não obstante a possibilidade de obtenção de informações de cariz genético que lhe digam respeito (art.º 15º n.º 2 da LPMA)¹⁵⁷. No que concerne à maternidade de substituição, estes mesmos autores consideram muito criticáveis as soluções preconizadas nos artigos 8º e 39º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho¹⁵⁸, até porque discordam da nulidade que a lei impunha ao contrato de gestação, mesmo que gratuito, e ainda por considerarem que inexistia qualquer

¹⁵⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, **Op. Cit.**, p. 272.

¹⁵⁷ Estes dois autores são favoráveis a solução legal do sigilo e da não parentalidade do dador, por respeitar a intenção de manter o incentivo à dação de gâmetas, com uma utilidade naturalmente afeta aos beneficiários (algo que veio ser posto em causa pelo recente acórdão do TC n.º 225/2018), CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva, **Op. Cit.**, p. 241.

¹⁵⁸ A sua argumentação é a seguinte: “Em primeiro lugar, a nulidade atribuída ao contrato de gestação para outrem, não resolve a situação fáctica que possa sobrevir, nomeadamente quem deve ser a mãe e o pai da criança que nasceu? Em segundo lugar, a mãe de gestação para outrem pode ter ou não contribuído com o seu próprio material genético [...] por fim, a mãe de substituição pode ou não ser casada ou viver em união de facto, o que poderá tornar a situação mais complexa ainda, face a uma eventual presunção de paternidade.”; *idem, ibidem*, pp. 344-345.

renúncia a um projeto parental. Por outro lado, consideram que a verdadeira questão que se coloca diz respeito ao momento da entrega do filho¹⁵⁹.

Há autores que defendem que a mãe de substituição deve ser sempre e necessariamente ser considerada pela lei como a mãe, até porque é ela a única mulher com a qual o feto estabeleceu até ali vínculos emocionais e alguns dos defensores desta posição advogam inclusive que a paternidade deve recair sobre o marido desta mulher, de maneira a proteger a unidade familiar¹⁶⁰. Segundo uma outra perspectiva, Rafael Vale e Reis analisa o direito ao conhecimento das origens genéticas como fundamental no regime jurídico da filiação. Este pode ser abordado em três planos: ao nível da investigação judicial da maternidade e paternidade; no plano da impugnação dos vínculos jurídicos de maternidade e paternidade já estabelecidos e a possibilidade legal de disposição, por parte dos progenitores, do respetivo estatuto jurídico. A projeção do direito ao conhecimento das origens genéticas ao nível da PMA é notória, especialmente no que concerne à possibilidade de a pessoa gerada com recurso a gâmetas ou embriões que tenham sido doados, aceder à informação que lhe permita conhecer a identidade do(s) respetivo(s) dador(es). Na verdade, a solução plasmada na lei n.º 32/2006, assentava num princípio de anonimato em relação ao dador do material biológico utilizado na PMA¹⁶¹. Quanto ao reconhecimento em Portugal de atos do registo civil lavrados no estrangeiro em caso de maternidade de substituição, o art.º 6º n.º 1 do Código do Registo Civil estipula que: *os atos de registo lavrados no estrangeiro pelas entidades estrangeiras*

¹⁵⁹ “Fazer da mãe de substituição, para além da penalização fixada no art.º 39º, mãe contra a vontade – como impõe o n.º 3 do art.º 8º é no mínimo inconstitucional em homenagem ao dito interesse superior da criança. Se houver concorrência de vontades negativas ou positivas no mesmo sentido, por parte da mãe hospedeira e da mãe e, ou, casal recebedor, a solução deve ser encontrada *ad hoc*, numa via adotativa ou para – adotiva com um regime especial que a Lei deveria, concretamente, anunciar.”; *idem, ibidem*, pp. 246-247.

¹⁶⁰ “Tal solução – sobretudo na segunda parte – é claramente de afastar, pois renega os direitos e interesses dos pais legais, o que é ainda mais injusto e inconsistente quando sejam eles os pais biológicos.”; RAPOSO, Vera Lúcia (2005) - **De mãe para mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 99.

¹⁶¹ Considera Rafael Vale e Reis: “No que respeita ao problema do anonimato *stricto sensu* e a possibilidade de revelação da identidade do dador de gâmetas ou embriões (n.º 4 do art.º 15º da Lei n.º 32/2006) não concretizando a lei o que devam considerar-se «razões ponderosas», a interpretação da construção legal aponta para a necessidade de invocação por parte da pessoa gerada com recurso à PMA, de um desejo inexpugnável de conhecer as suas origens genéticas, cujo embotamento lhe afetaria em termos gravosos o desenvolvimento da própria personalidade.” E mais adiante: “Reconhecendo algum mérito aos argumentos que assinalam o risco de diminuição drástica de dadores, em consequência da abolição absoluta de qualquer sistema de anonimato, defendo uma solução legal que parta da admissibilidade, *prima facie*, do conhecimento pela pessoa gerada com o recurso à PMA da identidade do dador do esperma, dos ovócitos ou do embrião, devendo essa faculdade ser apenas paralísada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a proteção dos núcleos familiares estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador o determine.)”; REIS, Rafael Vale e (2009) – Direito ao conhecimento dos origens genéticas. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III, p. 223.

competentes podem ingressar no registo civil nacional em face dos documentos que os comprovem, de acordo com a respetiva lei e mediante a prova de que não contrariam os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português. Um tal reconhecimento depende da verificação de três requisitos, a saber: a competência da autoridade que lavrou o ato; a sua conformidade com a lei do país de origem e a não contrariedade do ato aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português. Segundo Dário Moura Vicente é este último requisito que levanta maiores dificuldades, concluindo que “[...] é impossível afirmar, em termos gerais e abstratos, que o reconhecimento de um ato do registo civil lavrado no estrangeiro relativo a uma maternidade de substituição ofende a ordem pública internacional do Estado português.”¹⁶².

4.2.1. A problemática do estabelecimento da maternidade e o colapso do axioma *Mater Sempre Certa Est*: um novo paradigma de mãe? Um novo paradigma fenomenológico da constituição da família?

O princípio legado do Direito romano *mater certa est* sofreria com a maternidade de substituição um forte abalo e levaria a sua substituição para o princípio *mater non semper certa est*¹⁶³. Com efeito, os acordos de gestação teriam como implicação o fim da certeza de que é mãe a mulher de quem nasce o filho e que é a base da nossa lei civil¹⁶⁴.

¹⁶² VICENTE, Dário Moura (2012) – Maternidade de Substituição e reconhecimento internacional. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, p. 620. Mais acrescenta este autor: “Não nos parece possível afirmar que o reconhecimento, relativamente ao comitente ou comitentes de uma maternidade de substituição, da filiação de uma criança nascida no estrangeiro ao abrigo de um contrato de gestação para outrem conduza em todo e qualquer caso a um resultado de tal modo ofensivo de princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico que se justifique a respetiva recusa pelas autoridades nacionais. Na verdade, não está em causa nessas hipóteses permitir a constituição em Portugal de uma relação de filiação com base numa maternidade de substituição. O problema que se coloca é tão-somente o de saber se essa relação, que já se encontra constituída num país estrangeiro, onde produz os seus efeitos normais, pode também ser admitida a produzi-los em território nacional.” Esta questão é particularmente relevante porque é exatável, até na sequência do recente acórdão do TC n.º 225/2018 que muitas pessoas recorram ao estrangeiro para celebrar os contratos de gestação de substituição, no entanto, este autor adverte para o seguinte: “Isso não significa, porém, que a filiação fique deste modo estabelecida a título definitivo, porquanto a maternidade e a paternidade registadas por transcrição do assento estrangeiro podem ser impugnadas perante os tribunais judiciais, inclusive por iniciativa do Ministério Público. É, pois, aos tribunais que compete, em última análise, determinar a constituição da filiação, por aplicação da lei designada nos termos das regras de conflitos portuguesas.”; pp. 620-621.

¹⁶³ GUIMARÃES, Ana Paula (1999) – **Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 101.

¹⁶⁴ “A lei não atende, no que respeita à filiação, aos casos em que a criança que nasce nada tem a ver com a mulher que a dá à luz, o que indicia o caráter *contra natura* desta prática. Para o estabelecimento da filiação releva o nascimento e não a origem do óvulo. É que o nascimento pressupõe coincidência entre

As novas tecnologias ligadas a PMA e, sobretudo, a maternidade de substituição veio abalar em definitivo a segurança quanto ao facto de a identidade da mãe ser sempre certa, enquanto que a do pai presumida. Na verdade, os progressos científicos ocorridos na área da PMA ao permitirem o recurso às mães de substituição vieram fazer colapsar tal princípio da maternidade sempre certa. Isto porque no caso das mães portadoras cabe perguntar: quem é a verdadeira mãe? A que deu o óvulo? A que gestou a criança? A que encomendou? Concordo com Stela Barbas que defende que a mãe é a mulher que gera e tem o parto, tal como consagra o n.º 1 do art.º 1796º do CC e que esse marco da cultura ocidental não deveria ter sido substituído pelo princípio do respeito ao direito da mãe genética¹⁶⁵. Dado que discordo da ideia de que só não é natural o que não se pode fazer¹⁶⁶, a gestação para outrem acarreta como efeito a quebra com “[...] esse velho emblema da nossa cultura afetiva - «Mãe há só uma?»”¹⁶⁷. Regra geral, o critério jurídico da maternidade, nos vários sistemas jurídicos, assenta no parto, tal como determina o art.º 1796º n.º 1 do CC: *a filiação resulta do facto do nascimento*¹⁶⁸. O fim do postulado *mater sempre certa est* resulta de um aumento do número das mães genéticas, o que faz com que o parto deixe de ser o critério incontestável da maternidade, em desfavor das pretensões da mãe geradora. Acresce que, tal como acontece na gestação de substituição, as mães genéticas não estão dispostas a recorrer ao processo de adoção clássico para constituição de um vínculo de filiação, abrindo flanco ao afastamento do parto como fator determinante da maternidade, e da própria configuração do regime legal

quem gera e quem dá à luz, o que não se verifica no caso em que o embrião implantado na mãe uterina resulta de um óvulo proveniente daquela que pretende o filho.”; *idem, ibidem*, p. 103.

¹⁶⁵ “A consideração de que a mãe portadora seria sempre a mãe legal envolveria necessariamente uma contradição: é extraordinariamente difícil conceber que a mãe genética (dadora do óvulo) tivesse que recorrer ao tradicional processo de adoção para a criação de um vínculo de filiação com o seu próprio descendente genético. A mãe hospedeira que forneceu o óvulo deve ser considerada a mãe legal. Foi ela que cedeu o material hereditário indispensável àquele nascimento. A individualidade do novo ser ficou definida a partir do momento da combinação entre o gene do pai e da mãe.”; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2008) - Investigação da filiação. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, p. 51.

¹⁶⁶ Cf. VAN USSEL (1970) – Histoire de la répression sexuelle. Paris: R. Laffont, p. 313.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (1992) – **Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 99.

¹⁶⁸ Retenho esta perspetiva acerca do parto: “[...] além do valor social ou emocional que tem constituído fundamento de uma presunção de que a mulher que gerou também forneceu o óvulo; isto é, de que a mãe geradora também é a mãe genética. Essa presunção só podia ser considerada uma presunção irrefragável, até agora. Hoje, a simples prova de que a gestação desenvolveu um ovo criado com base num óvulo de outra mulher – fecundado *in vitro* e transferido para o útero capaz de o gerar – tem a virtualidade de mostrar que aquela presunção é relativa; isto é, que a mãe geradora não é a mãe genética.”; *idem, ibidem*, p. 74. Ora, quando o parto deixa de fornecer um critério biológico exclusivo para a determinação da maternidade resulta que: “[...] a preferência pelo parto como critério jurídico só poderá basear-se no seu valor sócio-afetivo e em razões de ordem prática, como a simplicidade da identificação da mãe nos casos mais frequentes.”; *ibidem*, p. 75.

típico, na medida em que significa “[...] uma modificação relevante do conteúdo do princípio da taxatividade dos meios para alterar os estados de filiação.”¹⁶⁹.

Como terei oportunidade de explicitar mais profundamente, a renúncia ao estatuto de mãe traduz uma limitação dos direitos de personalidade da mulher a qual, à luz do art.º 81º n.º 2 do CC, podemos considerar como sempre revogável e daí a emergência da questão do arrependimento. É preciso ainda enquadrar a questão à luz do art.º 1982º n.º 3 do CC, o qual nos permite inferir que o consentimento que a mulher geradora presta antes da inseminação não pode ser considerado aceitável, pois, segundo este preceito, a mulher que deseja ceder o seu filho para uma adoção só dá um consentimento válido após a decorrência de um mês após o parto. Ora, se aplicarmos esse artigo analogicamente ao regime configurado pela Lei da gestação de substituição, apercebemo-nos de uma incongruência que é devida ao facto de a mulher geradora não ter a possibilidade de, ante as circunstâncias concretas do nascimento, vir a arrepender-se antes da entrega do filho e mesmo antes da inseminação e da concepção¹⁷⁰. Por seu lado Tiago Duarte defende uma perspectiva oposta ao considerar que de *iure condito*, é possível defender que a mãe genética é que é, juridicamente, mãe. Relativamente à dádiva de ovócitos e aos seus efeitos quanto ao estabelecimento da maternidade, os projetos legislativos consideraram que a dadora de ovócitos não pode ser havida como mãe jurídica e, no caso da dação de óvulo, considerava-se que a maternidade resultava do nascimento, o que ia ao encontro do preceituado no art.º 1796º do CC, existindo uma opção pela mãe uterina em relação à mãe genética e mais se estabelecia que não era proibida a impugnação de maternidade com fundamento em dação de óvulo. Evoco que o legislador da Reforma de 1977 do Código Civil optou por não fazer qualquer referência à dação de ovócitos, o que, segundo Tiago Duarte, constitui uma lacuna intencional do legislador, a qual não deverá ser integrada por aplicação analógica, em especial pelo recurso ao art.º 1839º n.º 3 do CC¹⁷¹. Tiago Duarte considera sobre esta matéria que a mãe hospedeira que dá à luz não é juridicamente mãe, por oposição às normas constantes do art.º 1796º e art.º 1816º do CC que se referem ao facto do nascimento e, portanto, que se mantêm fiéis à máxima de que

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 78.

¹⁷⁰ Conclui Guilherme Oliveira o seguinte: “[...] o contrato de gestação para outrem é contrário aos princípios básicos da regulamentação dos estados de família, designadamente, ao princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores. Deverá, pois, afirmar-se que é contrário aos princípios de ordem pública em matéria de direito da família [...]”; *idem, ibidem*, pp. 63-64.

¹⁷¹ DUARTE, Tiago (2003) – *In vitro veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: almedina, p. 70.

*mater sempre certa est*¹⁷². Pronunciando-se sobre a maternidade de substituição e sobre o modo de melhor disciplinar a matéria das mães portadoras, Stela Barbas considera que as crianças nascidas fruto do recurso às mães de substituição não devem ser objeto de sanção ou ser consideradas inválidas ou inexistentes e que, igualmente, não se devem esquecer os seus laços de sangue com os pais genéticos¹⁷³. Por conseguinte, as técnicas atualmente disponíveis acarretam riscos gravosos da dissociação da família, permitindo – como afirma Stela Barbas – *construir* uma criança com a contribuição de seis pessoas diferentes, razão pela qual a maternidade deixou de poder ser definida de modo simples e categórico, dado ter sido posto em causa, justamente, o antigo axioma (Paulus, Dig. 2.4.5.) *mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit*.

¹⁷² Contrariando os argumentos aventados por Antunes Varela que atribui a maternidade, num caso de conflito entre a mãe genética e a mãe uterina, a esta última em virtude do laço forte que se estreita durante os nove meses de gestação, Tiago Duarte considera que: “[...] mãe há de ser a que transmite o património genético pois só esse é insubstituível, único e irrepetível [...]. A mãe uterina aproxima-se assim de uma hipotética figura de ama pré-natal que alimenta, protege, dá carinho, mas não é mãe. A mãe uterina pode ajudar e ajuda, sem dúvida, a manter a vida daquela criança, mas não foi ela que gerou aquela vida que se desenvolve dentro de si. Julgamos, pois, falaciosas todas as opções pela mãe uterina baseados no simples facto de que o Código, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento. Entre outros não podemos concordar com Paula Martinho da Silva quando refere que *o Direito dá prioridade à mãe gestadora sobre a mãe genitora* ou com Lopes Cardoso que indica que *o legislador se orienta hoje pelo facto de o nascimento e não pelo da produção do óvulo*. [...] também não nos parece argumento válido o utilizado por Alexandra Saldanha Cardoso quando refere que *propendemos a considerar (...) que, face ao nosso ordenamento jurídico mãe será a que deu à luz (...) que pelo próprio art.º 1796º, quer pela especial ligação que, necessariamente, se estabelece entre o feto e a mulher em cujo útero ele se desenvolve (...)*”; *idem, ibidem*, p. 72. Conclui este autor: “Não havendo no nosso Código uma norma semelhante à do art.º 1839º n.º 3 que permitisse a dação de ovócitos e a constituição do vínculo de maternidade perante a mulher do pai que aceitasse a fertilização com recurso ao ovócito doado e considerando nós o art.º 1839º n.º 3 com excepcional não se podendo por isso aplicar analogicamente à dação de ovócitos, somos de parecer de que a maternidade, numa situação de conflito perante a mulher que fornece o óvulo e a que gera o embrião no seu útero, deve ser atribuída à mãe genética.”; *idem, ibidem*, p. 73.

¹⁷³ Daí que esta autora apresente uma alternativa para disciplinar esta matéria das mães portadoras, sugerindo a seguinte disposição normativa: “1. Na reprodução humana não é permitido utilizar o processo das chamadas mães de aluguer portadoras ou hospedeiras. 2. No caso do não cumprimento do determinado no número anterior, será considerada mãe legal a que recebeu o esperma puro, pela sua maior participação na gestação do filho; na hipótese dá inseminação ser feita com a utilização de óvulo já fecundado, a mãe legal será a genética. 3. Quando não for possível determinar a mãe genética será tida como a mãe legal a parturiente. Deste modo, a regra de ouro de que a mãe é a mulher que gera e tem o parto (n.º 1 do art.º 1796º do CC), norma aliás comum aos quadros jurídicos da chamada cultura ocidental, teria de ser substituída pelo princípio do respeito ao direito da mãe genética. A mãe portadora que forneceu o óvulo deve ser considerada a mãe legal. [...] a mãe será sempre a que forneceu o elemento biológico fundamental para a determinação do património genético da criança. As correntes jusnaturalistas consideram que a relação estabelecida entre a mãe genética e a criança reveste natureza ontológica sendo, portanto, indisponível. As mães de aluguer que contribuem, também, com os óvulos têm um papel ativo fundamental no desenvolvimento da criança; o futuro do filho é condicionado, desde logo, pelo elemento fertilizante e pela vida intra-uterina.”. Mais esclarece a autora: “A consideração de que a mãe portadora seria sempre a mãe legal envolveria necessariamente uma contradição: é extraordinariamente difícil conceber que a mãe genética (dadora do óvulo) tivesse que recorrer ao tradicional processo de adoção para a criação de um vínculo de filiação com o seu próprio descendente genético.”; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2006) – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, pp. 158-159.

CAPÍTULO 5 (BREVE EXCURSO): A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PONTO DE VISTA DO DIREITO COMPARADO

5.1. A regulação jurídica em alguns países estrangeiros

Em Portugal, a Lei n.º 25/2016 regula o acesso à gestação de substituição, tendo sido publicada no dia 22 de agosto de 2016, para os casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de maneira absoluta e definitiva a gravidez. Ao contrário do que sucede em diversos países- como por exemplos nos EUA, onde o recurso às denominadas *mães de aluguer* assume uma feição fortemente mercantilista e representa um forte retrocesso ao nível da identidade social – a lei portuguesa somente admite a maternidade de substituição a título excecional e gratuito. Vejamos agora mais de perto, embora de modo sucinto, os quadros legislativos de alguns países no que a esta matéria diz respeito (conquanto não abordaremos o reconhecimento internacional da maternidade de substituição, por extravasar o nosso objeto de estudo), geradora de uma grande multiplicidade de sistemas jurídicos adstritos às diversas ordens jurídicas nacionais¹⁷⁴.

- **Reino Unido**

A maternidade de substituição é aí regulada desde a década de 80 do séc. XX com enormes e indispensáveis cautelas. Desde logo, é proibida a maternidade de substituição de cariz comercial, pelo que só é aceite tal figura num quadro de gratuidade e mediante autorização judicial que fica encarregue da verificação do cumprimento de estreitos requisitos¹⁷⁵. Em confrontação com o que ocorre no direito inglês, julgo criticável a Lei

¹⁷⁴ Com efeito: “Esta diversidade dos sistemas jurídicos nacionais [...] gerou o fenómeno – a que por vezes se chama «turismo de fertilidade» ou «procriativo» - consistente em que os nacionais de certo país, onde a referida prática é ilícita, buscarem noutro, onde ela é admitida, por vezes com a intermediação de empresas especializadas, «mães de substituição» também ditas («barrigas de aluguer») para os filhos que desejam ter, regressando após o parto, ao país de origem e procurando aí obter o reconhecimento da relação de filiação deste modo constituída no estrangeiro.”; VICENTE, Dário Moura (2012) – Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional. In **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, p. 608.

¹⁷⁵ De acordo com a legislação vigente no Reino Unido, “[...] os membros do casal beneficiário, necessariamente unidos pelo matrimónio, interessados em gerar uma criança com base num acordo de *surrogacy*, podem pedir ao tribunal, nos seis meses seguintes ao nascimento, uma autorização para o seu reconhecimento como progenitores da criança (tecnicamente devem peticionar uma *parental order*) sem necessidade de recorrer ao procedimento de adoção.” REIS, Rafael Vale e (2016) – Erro crasso na Maternidade de Substituição. Disponível em [em linha]: <https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/noticia/erro-crasso-na-maternidade-de-substituicao> Consultado em 7 de novembro de 2017. Mais esclarece este autor que: “O sucesso de sua pretensão depende, para além de outros requisitos formais, da gratuidade do acordo (admitindo-se, porém, o ressarcimento de despesas razoáveis) e da circunstância de o casal ser geneticamente relacionado com a

portuguesa por não conceder um prazo razoável à mãe portadora para decidir após a experiência do parto, conquanto seja esse, aliás, o regime do ordenamento jurídico português no que respeita à adoção, pois, segundo o art.º 1982º n.º 3 do CC: “*a mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas 6 semanas após o parto.*”¹⁷⁶. Ao invés, no que concerne à maternidade de substituição, a lei portuguesa não estipula que a renúncia ao exercício das responsabilidades derivadas da maternidade deva ser precedida de um prazo necessário para reflexão. Já na ordem jurídica inglesa, a gestante é a mãe jurídica da criança e esta somente será entregue ao casal comitente após uma moratória de reflexão de cerca de 6 meses¹⁷⁷. Mais acrescento que, no Reino Unido, a maternidade de substituição é, sobremaneira, encarada como um assunto conservado na dimensão da liberdade contratual, não sendo, portanto, sindicável judicialmente, significando que “[...] se a mulher grávida decidir não cumprir o acordo – não entregando a criança aos pais – não poderá haver qualquer consequência judicial daí decorrente.”¹⁷⁸. Quanto ao enquadramento da tipologia do sistema jurídico vigente no Reino Unido, trata-se de uma ordem jurídica na qual os negócios jurídicos concernentes à maternidade de substituição são válidos e onde a criança gerada por essa via é considerada como filha de quem haja contratado a mãe portadora, desde que o contrato tenha sido celebrado a título gratuito. Ora, este é um aspeto que não é requisito noutros países em que o mesmo enquadramento preside aos contratos de gestação; casos da Ucrânia (onde é permitido o carácter oneroso desde 2002), Geórgia, EUA (Direito da Califórnia) e na Ásia (sobretudo o Direito da

criança (bastando que um deles seja o dador de um dos gametas utilizado). Para além disso, a criança tem de estar já a viver com o casal beneficiário, o que pressupõe a entrega por parte da mãe gestacional, que, assim, tem o direito de se arrepender e recusar a entrega da criança. Acresce que a decisão judicial será favorável se a mãe gestacional der o seu consentimento, que só será válido se prestado, pelo menos, seis semanas após o parto, mesmo nos casos em que ela não contribui com o seu material genético. Este regime de ratificação retrospectiva do recurso a maternidade de substituição, pressupõe, pois, que a criança já tenha sido entregue (assim se assegurando não ter havido arrependimento da portadora) e que todos os envolvidos estejam de acordo.”; *ibidem*.

¹⁷⁶ É relevante ter em conta a seguinte anotação a este mesmo preceito: “O direito à identidade pessoal é um direito constitucionalmente reconhecido (art.º 26º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa). A identidade pessoal não se traduz no direito à preservação do nome em razão de um propósito de ligação à família de origem. A modificação do nome da criança, nos termos e ao abrigo do disposto no art.º 1988º n.º 2 do CC, visa salvaguardar a sua identidade pessoal, designadamente nos casos em que a criança foi sempre tratada por nome diverso daquele que consta do seu registo de nascimento.”; NETO, Abílio (2016) – **Código Civil Anotado**. 19ª Edição Reelaborada. Lisboa: Edições Jurídicas, p. 1526.

¹⁷⁷ Cf. HUMAN Fertilisation and Embryology Act 2008. Disponível em [em linha]: http://www.legislation.gov.uk/pga/2008/pdfs/ukpga_2008022_en.pdf. Consultado em 7 de novembro de 2017.

¹⁷⁸ E ainda a propósito da questão pertinente do arrependimento: “No Reino Unido [...] a jurisprudência existente em relação à falta de cumprimento do contrato foca-se na custódia da criança.”; PINCHA, João Pedro (2014) – É possível recorrer a barrigas de aluguer na Grécia, Bélgica e Reino Unido. Disponível em [em linha]: www.observador.pt/2014/06/11/e-possivel-recorrer-barrigas-de-aluguer-na-grecia-belgica-e-reino-unido/. Consultado em 7 de novembro de 2017.

Índia)¹⁷⁹. Noutra categoria (típica dos sistemas romano-germânicos) são nulos e em que a mãe é a mulher que da à luz a criança, como acontece (à data desta investigação de Dário Moura Vicente). O direito alemão, espanhol, francês e italiano (já não o português desde a publicação da Lei que regulamenta a gestação de substituição) e ainda os sistemas em que a maternidade de substituição não é permitida, sendo tão-somente tolerada em nome do interesse da criança e em que os efeitos jurídicos decorrentes são obtidos, geralmente, pelo reconhecimento da filiação biológica paterna e pela adoção e cujos exemplos são os direitos holandês e canadiano¹⁸⁰. Por outro lado, é relevante ter em conta que o modelo perfilhado pelos sistemas jurídicos de *Common Law*, assentam numa visão segundo a qual o valor central na maternidade de substituição é o da liberdade (mormente a de procriar e a de constituir família). Ou seja: “A vontade individual adquire, nesta perspectiva, um papel determinante na constituição da filiação.”¹⁸¹. Destaco que certas alíneas da Lei que regulamenta a maternidade de substituição no Reino Unido se aplicam em Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte, embora não na Escócia. Aquando da sua regulamentação, em 1985, os principais objetivos da maternidade de substituição eram: impedir a maternidade de substituição comercial e limitá-la ao mínimo de casos possíveis. A Lei sofreu uma revisão em 2008 no quadro da revisão da lei sobre a fertilidade no Reino Unido. Entre os contornos específicos da legislação da maternidade de substituição no Reino Unido, destacam-se os seguintes: a única modalidade admitida é a altruísta; os acordos da maternidade de substituição não são juridicamente constringentes (isto é, não criam uma obrigação jurídica) em matéria de políticas públicas e inexistente a obrigação de conformidade com a legislação relativamente ao contrato; quanto à mãe portadora não deve ter idade superior a 35 anos e deve ter, pelo menos, um filho seu antes da gestação de substituição; a lei reconhece-a como mãe legal e confere igualmente a paternidade ao seu parceiro, mesmo que se trate de uma criança concebida

¹⁷⁹ VICENTE, Dário Moura (2012), *ibidem*, p. 610.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*.

¹⁸¹ O que o mesmo autor contextualiza de um ponto de vista das orientações religiosas dominantes: “Para tal terão contribuído relevantemente, por um lado, a influência exercida pelo Calvinismo na Holanda e nos países anglo-saxónicos e a exaltação da liberdade individual que é própria desta particular expressão de ética protestante.”; *idem, ibidem*, pp. 611. Por contraste, “[...] a influência oposta do Catolicismo nos países do Sul da Europa (com exceção da Grécia e dos Países Balcânicos) e a subordinação do indivíduo ao bem comum, bem como da técnica à responsabilidade moral do homem, que é postulada pela Doutrina Social da Igreja.”; *idem, ibidem*. Valorizando os contributos da Igreja Católica como guardião da tutela da pessoa humana, destacamos o seguinte ponto de vista: “O «Estado Humano» corre hoje o risco de se tornar um «Estado Desumano». Igualmente aqui a Igreja Católica tem assumido um papel de guardião da tutela dos direitos fundamentais decorrentes do valor da vida humana.”; OTERO, Paulo (2007) - **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, p. 444.

com os gâmetas dos pais beneficiários. Estes têm de ser casados e pelo menos um dos membros deve residir em território britânico; não existem restrições no que respeita à orientação sexual (o que não sucede na legislação portuguesa) desde que o casal tenha contraído matrimónio. Após o nascimento da criança, os pais beneficiários passam por um processo legal, mediante o qual demandarão a reformulação da parentalidade legal e a anulação da responsabilidade legal da mãe portadora (e do seu marido) sobre a criança, existindo, como mencionei, *supra*, um hiato de 6 meses para a tramitação da transferência de parentalidade. Ainda a propósito da legislação no Reino Unido destaco que os chamados *pais de intenção* não detêm qualquer direito entre o momento do nascimento e o reconhecimento da sua parentalidade, significando que a maternidade legal e as responsabilidades e direitos recaem sobre a mãe portadora (que é, comparativamente à legislação portuguesa muito mais protegida, desde logo porque durante seis meses a mãe portadora pode arrepende-se e decidir ficar com a criança que gerou, aspeto que é apontado com um inconveniente¹⁸², qualificação com a qual discordo). Mais acrescento que as estruturas comerciais em torno da maternidade de substituição são estritamente proibidas. Com efeito, no Reino Unido, a denominada maternidade sub-rogada é, amplamente, regulada pelo Surrogacy Arrangement Act de 1985, o qual foi alterado pelo Human Fertilisation And Embryology Act, de 1990, e mais tarde em 2008, os quais foram apoiados pelos pareceres provenientes do organismo público Human Fertilisation And Embryology Authority¹⁸³ em conformidade com o Diploma de 1981, são admitidos os contratos de gestação validamente celebrados, exigindo-se que: a gestação da criança tenha na base gâmetas fornecidos pelos contratantes; a mãe de substituição tenha consentido na entrega da criança; esse consentimento deve ser prestado seis semanas após o parto. Acrescento que o art.º 36º n.º 1 do Human Fertilisation And Embryology Act juntou no diploma de 1985 uma norma com a finalidade de impedir a execução dos contratos de substituição contra a vontade das partes envolvidas. Segundo a filósofa Elizabeth Badinter¹⁸⁴, o Reino Unido configura um bom exemplo do que a autora considera como uma *maternidade de substituição ética* devido ao facto de a sua legislação impedir o risco de mercantilismo e por proteger a mãe portadora, que apenas pode ter

¹⁸² GUTTON, Isabelle (2017) – GPA au Royaume-uni: législation, peix et inconvenientes. Disponível em [em linha]: <https://babyquest.com/royaume-uni/>. Consultado em 9 de novembro de 2017.

¹⁸³ Cf. Disponível em [em linha]: <https://www.hfea.gov.uk>. Consultado em 9 de novembro de 2017.

¹⁸⁴ Cf. BERETTA, Elizabeth Astrid (2016) -La GPA En Italie: l'enfer, c'est les autres. Disponível em [em linha]: www.cafebabel.fr/societe/article/la-gpa-en-italie-enfer-cest-les-autres.html. Consultado em 9 de novembro de 2017.

uma gravidez por conta de outrem ao longo da sua vida; não pode ser doadora de um embrião e ser ela a escolher o casal beneficiário e não o contrário. De acordo com o Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 (secção 54/8) a mulher que dá à luz é a mãe da criança (secção 54/7) e entre os requisitos legais – decorridas as seis semanas do nascimento, tempo a partir do qual poderão os beneficiários requerer um *parental order* para se transformarem, conforme a lei, nos pais da criança – para a decretação da *parental order* é exigido o consentimento da mulher que gerou a criança, bem como a confirmação de que não existiu renumeração envolvida no processo. Assim, enquanto não for emitida a *parental order* o que acontece é que as crianças têm uma condição de apátridas e, em virtude do recurso ao estrangeiro, sem condições de ingressar na Inglaterra com os pais beneficiários¹⁸⁵.

- **Estados Unidos da América**

Ao contrário do que sucede em Portugal (porquanto a lei portuguesa só abrange situações de doença, ficando, nomeadamente, excluídas opções de vida) nos EUA, uma mulher saudável pode recorrer ao método da maternidade de substituição, bem como um homem que deseje ser pai sozinho. Por exemplo na empresa Circle Surrogacy, os preços das *barrigas de aluguer* variam entre os 100 mil e os 150 mil dólares (algo que também é expressamente proibido em Portugal, visto que não é permitido qualquer tipo de pagamento ou a adoção de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à mãe portadora pela gestação da criança, salvo o valor correspondentes às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado). No Nevada só é permitida a compensação devida a despesas médicas e aquelas que decorrem do nascimento da criança. Na Virgínia, igualmente só é permitida compensação económica com despesas médicas razoáveis, sabendo que se esta for considerada excessiva, tal configurará um delito. Em Washington é permitida a maternidade de substituição sem compensações e são declarados nulos os contratos de gestação substitutiva de pendor comercial, sem que esteja estabelecida uma sanção para o pagamento prestado à mãe portadora.

¹⁸⁵ Analisando o julgamento do caso Re X & Y, em que um casal inglês realizou a maternidade de substituição no estrangeiro e que foi um caso pioneiro em Inglaterra, considera Marcelo de Alcântara que: “A maior dificuldade neste caso foi cumprir o requisito legal de que nenhum dinheiro ou remuneração estivesse envolvido, a não ser despesas razoavelmente realizadas para que a *parental order* pudesse ser realizada.”; ALCANTARA, Marcelo de (2011) – Maternidade de Substituição no Estrangeiro: filiação com ou sem fronteiras? In *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 8, n.º 16, p. 100.

Nos EUA, a National Conference Of Commissioners On Uniform Statuts Law aprovou dois modelos¹⁸⁶ de regulamentação dos contratos de gestação (o Union Status Of Children Of Assisted Conception Act), de maneira a que cada Estado possa optar livremente pelo regime que lhe for mais conveniente, seja a nulidade dos contratos, seja a sua admissibilidade e, segundo requisitos, tais como: acordo livre e consciente dos intervenientes no contrato; aptidão para cumprir o contrato; capacidade do casal contratante para satisfazer as necessidades da criança¹⁸⁷. Assim, a lei que regula a maternidade de substituição nos EUA não é geral, justamente na medida em que cada Estado estabelece as suas próprias restrições e condições. Na maior parte dos Estados em que ela é permitida, a mãe portadora é meramente gestacional, isto é, não participa com material genético. Realço que há dois elementos nucleares para que a operação se concretize, a saber: o *pre-birth order* e o *post-birth order*, com os objetivos seguintes: garantir aos pais beneficiários que eles figurarão no ato de nascimento como os pais legais da criança gerada por maternidade de substituição; eliminar todos os direitos e obrigações parentais da parte da mãe portadora (e do companheiro, se o tiver). Enfatizo que no Estado da Califórnia, os pais legais podem ser considerados como tais mesmo antes do parto, desde que obtenham um *pre-birth order*, tenham ou não contribuído com o fornecimento de gâmetas. Para além da Califórnia, oferecem essas mesmas condições os Estados do Connecticut; o do Delaware; o do Maine; o do Nevada; o do New Hampshire e o do Distrito da Columbia. Existem, porém, outros Estados que exigem a obrigação de o casal beneficiário ser casado, tais como: Arkansas, Dakota do Norte, Florida, Illinois, Texas, Utah e Virgínia – Ocidental. Noutros Estados, por falta de regulamentação legal, a obtenção do *pre-birth* ou *post-birth order*, estão dependentes de uma decisão do tribunal, como por exemplo: Oregon, Rhode Island. Noutros Estados ainda, a sentença do tribunal pode circunscrever-se ao mero reconhecimento do pai biológico, desencadeando-se um processo de adoção em duas etapas da parte da mãe beneficiária ou do outro pai beneficiário (caso se trate de um casal homossexual), como por exemplo: Alabama, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Colorado, Dakota do Sul, Geórgia, Hawai, Kansas, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Novo México, Ohio; Oklahoma; Pensilvânia; Vermont; e Wisconsin. Noutros Estados vigora um grande nível de incerteza quanto aos procedimentos a adotar, como por exemplo: Alaska; Arizona; Idaho; Indiana;

¹⁸⁶ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – **De mãe para mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 106.

¹⁸⁷ *Ibidem*, “De modo que a questão é deixada à liberdade de regulamentação de cada Estado e, em certa medida, à regulamentação de associações médicas, quando tal seja permitido.”.

Iowa; Mississípi; Montana; Nebraska; Tenessi, virgínia, Wyoming. Já no Louisiana, as restrições são mais apertadas e só os casais heterossexuais casados podem aceder à maternidade de substituição, enquanto que no Michigan, New Jersey; New York ou nos Estado de Washington, só é possível a modalidade altruísta. Já no que se refere aos contratos onerosos, as modalidades de pagamento deverão estar estipuladas nos contratos de gestação, sendo, geralmente, a agência a encarregar-se das transações financeiras¹⁸⁸.

- **França**

A Lei n.º 94/653, de julho de 1994, atinente ao respeito pelo corpo humano, proíbe expressamente a gestação para outrem. Ademais, o art.º 16-7 do *Code Civil* estipula que: *toda a convenção respeitante à gestação por conta de outrem é nula*. Portanto, há uma nulidade absoluta do contrato de gestação de substituição. Não obstante, trata-se de uma problemática que continua a suscitar polémica, designadamente em torno da questão do estado civil das crianças nascidas no estrangeiro por essa via. É uma questão tanto mais candente quanto, com o fito de contornar essa interdição, a circunstância de vários casais se deslocarem ao estrangeiro, a países onde a maternidade de substituição é permitida. Um dos casos propalado pelos *media* foi a que opôs um casal francês, que recorreu, em 2000, e em conformidade com o direito do Estado da Califórnia, aos serviços de uma mãe portadora, ao Ministério Público francês. A mãe portadora gerara duas crianças através da técnica da fertilização *in vitro* realizada com os gâmetas do casal comanditário. O Supremo Tribunal da Califórnia, conferiu aos dois franceses a qualidade de mãe e pai das crianças. Contudo, o Ministério Público francês arguiu tratar-se de um atentado à ordem pública, solicitando, assim, a anulação da transcrição nos registos franceses do estado civil dos atos de nascimento das crianças, embora a validade de tais atos, segundo o tribunal da Califórnia, não serem contestados. No seu arresto de 25 de outubro de 2007, o Tribunal da Relação de Paris confirmou a sentença da primeira instância, declarando que o pedido do Ministério Público era inadmissível, considerando que a demora da não transcrição dos atos de nascimento teria consequências contrárias ao superior interesse das crianças que se veriam privadas do ato civil indicador dos seus laços de filiação. Conquanto este Tribunal de Paris não se tenha pronunciado nem sobre a gestação para outrem, nem sobre o laço de filiação das crianças nascidas através daquele procedimento,

¹⁸⁸ Cf. Disponível em [em linha]: <http://hrc.org/Template.cfm?section=Home&CONTENTID=19823&TEMPLATE> .Consultado em 9 de novembro de 2017.

a polémica foi relançada¹⁸⁹. Outro marco importante foi o ocorrido em 19 de maio de 2015, quando o Procurador Geral Da Cour de Cassation anunciou que recomendaria a inscrição do estado civil das crianças nascidas de um pai francês e de uma mãe portadora no estrangeiro, revelando, assim, uma mudança na atitude no topo da hierarquia jurisdicional¹⁹⁰. A partir de 3 de julho de 2015 a mesma fonte cita o caso emblemático Menesson, em que um casal francês que teve duas crianças através de uma mãe portadora californiana, mas que, em França, tiveram de aguardar 15 anos até que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem condenou a França, que, entretanto, recusava reconhecer a filiação das duas crianças¹⁹¹. Com efeito, em França não só o contrato para a gestação de outrem é nulo, como também é encarado como incentivo ao abandono passível de sanções do ponto de vista penal. Do meu ponto de vista – e bem, tal como argumentarei no capítulo 6 – o Código Civil francês enquadra esta problemática como integrando a bioética e não tanto a procriação medicamente assistida¹⁹². Assim sendo, a maternidade de substituição configura, na ordem jurídica francesa, um inaceitável atentado à ordem pública por duas ordens de razões (e da nossa perspectiva substancialmente válida): o corpo humano não pode ser objeto de um contrato privado (art.º 16-1 do *Code Civil*); a condição jurídica de uma pessoa não pode ser objeto de um contrato privado. Evoco que, muito recentemente, em 05/07/2017, a *Cour de Cassation* deu um novo passo – preocupante, a meu ver – no que a esta matéria concerne, ao considerar que uma criança nascida de uma mãe portadora residente no estrangeiro tem a possibilidade de ser adotada pelo cônjuge do seu pai

¹⁸⁹ Cf. Étude de législation comparé n.º 182- Janvier (2008) – La gestation pour autrui. In **Service des études juridiques**. Disponível em [em linha]: <https://www.senat.fr/lc/lc182/lc1820.html>. Consultado em 9 de novembro de 2017.

¹⁹⁰ LAURENT, Samuel (2015) – Comment la France évolue sur la gestation pour autrui. In **Le Monde** (20.05.2015). Disponível em [em linha]: www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/20/gpa-pour-y-voir-clair_4636991_4355770.html consultado em 9 de novembro de 2017. E mais adiante: “un Français, qu’il s’agisse d’un couple hétérosexuel, homosexuel ou d’un célibataire, peut donc en toute légalité ce rendra l’étranger pour obtenir un enfant via une gestation pour autrui. En outre, une fois cette GPA pratiquée, les Etats qui la reconnaissent valident généralement le fait que les enfants aient pour parents légaux les contractants de la GPA et non la mère porteuse. C’est le cas en Californie, par exemple. Mais la France n’avait, jusqu’ici pas une attitude très claire.”

¹⁹¹ “A CEDH [Tribunal Europeu dos Direitos do Homem] reconheceu o direito da França a proibir a GPA [gestação para outrem] no seu território, mas considerou que a França, ao recusar reconhecer as crianças geradas por GPA, atentava contra a sua «identidade»”, o que provocou na jurisprudência francesa uma mudança significativa: a proteção das crianças e da sua identidade têm primado sobre a ilegalidade do meio da sua conceção, *ibidem*.

¹⁹² De acordo com a Lei de Bioética de 1994 e sucessivamente confirmada e reforçada pela jurisprudência francesa, segundo a qual: “Attendu que, la convention par laquelle une femme s’engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l’abandonner à sa naissance cotrevient tant au principe d’ordre public de l’indisponibilité du corps humain qu’à celui de l’indisponibilité de l’état des personnes.” *Apud*, GUTTON, Isabelle (2017) – GPA en France: Législation, jurisprudence, sanctions et débat. Disponível em [em linha]: <https://babyguest.com/gestation-pour-autrui-en-france/> consultado em 10 de novembro de 2017.

biológico. Num casal heterossexual é a esposa do marido que se torna mãe e no casal homossexual é o *segundo* pai (aquele que não deu o seu espermatozoide para conceber a criança), o que não deixa de significar uma etapa significativa na questão da filiação das crianças geradas por gestação para outrem¹⁹³. Para além da França, em termos europeus, a maternidade de substituição também é proibida, entre outros países, na Alemanha, em Espanha, na Suíça e em Itália. No caso da Suíça, a Constituição Federal integra um artigo relativo à procriação medicamente assistida que condena todas as formas de maternidade de substituição. Também em Espanha e Itália é a Lei acerca da procriação medicamente assistida que proíbe a maternidade de substituição, enquanto que na Alemanha tal proibição está sobretudo presente na Lei sobre a Proteção do Embrião, bem como na Lei sobre a mediação em matéria de adoção. Assim, em países como a Espanha ou a Holanda (sendo que, neste país, a maternidade de substituição é tolerada enquanto técnica de último recurso e de acordo com um protocolo estabelecido pela associação holandesa de obstetrícia e de ginecologia e do estabelecimento que a prática¹⁹⁴), o contrato de gestação de substituição é nulo e juridicamente não constringente: a mulher que gera é, por isso, considerada a mãe legítima da criança independentemente da identidade da mãe biológica. Outros países, como o Chipre, República Checa, Irlanda, Bélgica e, como vimos, Holanda, acabam por aplicar a maternidade de substituição, aproveitando-se de um vazio jurídico, ou seja, de uma neutralidade do Estado que se abstém de legislar a permitir ou a proibir a maternidade de substituição. Quando às crianças que nascem por GPA em países onde esta técnica é legal, a filiação jurídica estabelecida no estrangeiro não é – como já salientei – necessariamente reconhecida em França. Mesmo que a relação biológica do bebé com os seus pais de intenção seja demonstrada e que não exista qualquer relação genética com a mãe portadora, um processo de adoção plena é, não raro, necessária. Ora, desde a intervenção do TEDH, nomeadamente em 2014, a França deve obrigatoriamente transcrever no estado civil a filiação biológica dos franceses nascidos no estrangeiro. Inclusive até 2013, com a chegada de novas crianças ao território francês

¹⁹³ «Ce texte a pour effet de permettre, par adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de procréation» explique la Cour de Cassation dans un communiqué. Avant cette étape, la juridiction avait déjà validé en 2015 la transcription du lien de filiation entre l'enfant et son père biologique, celui dont les gamètes ont été utilisées pour la conception. Une conséquence des condamnations multiples de la France, par la Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH) *Apud*, LECLAIR, Agnès (2017) – La Cour de Cassation entrouvre la porte à la restitution pour autrui. Disponível em [em linha]: www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/07/05/01016-20170705ARTIFIGO0360-deux-parents-legaux-en-France-pour-les-enfants-gpa.php. Consultado em 10 de novembro de 2017.

¹⁹⁴ Cf. GUTTON, Isabelle (2017) – La gestation pour autrui en Europe: législation et institutions. Disponível em [em linha]: <https://www.babyguest.com/europe/>. Consultado em 10 de novembro de 2017.

era frequentemente protelado nos consulados esse estabelecimento da filiação. De facto, os casais tentavam declarar, de maneira fraudulenta, o bebé como tendo nascido no estrangeiro, naturalmente, ou seja, sem mencionar a mãe portadora e, nesses casos em que existia a suspeita do recurso à GPA, o passaporte e a nacionalidade francesa eram, muitas vezes, recusados, assim como as transcrições dos atos de nascimento estrangeiros no estado civil francês, isto com base no art.º 18º do Código Civil francês, segundo o qual “*é francesa a criança em que, pelo menos, um dos pais é francês*”. Porém, o Conselho de Estado (que constitui a mais alta jurisdição administrativa), desde 12 de dezembro de 2014, veio considerar que uma criança nascida no estrangeiro através de uma prática proibida em França não é justificação suficiente para privá-la da sua nacionalidade, a partir do momento em que a sua filiação com um pai francês haja sido legalmente estabelecida no estrangeiro. Como referi já, têm sido várias as condenações da França pelo TEDH, devido à recusa da transcrição do estado civil das crianças nascidas de mães portadoras e, em janeiro de 2017, aconteceu a 5ª condenação pela não regularização da filiação de gémeos nascidos na Ucrânia. O verdadeiro problema radica afinal no facto de a França não reconhecer qualquer sentença proferida num país estrangeiro como válida se ela estabelecer a filiação direta da mãe de intenção, em nome do princípio de direito *mater sempre certa est*. Deste modo, uma alternativa frequentemente concedida pela França para os pais de intenção, de maneira a serem reconhecidos como pais legais, é a via da adoção plena, o que comporta as seguintes etapas: o pai de intenção que terá contribuído com os seus gâmetas e a mãe portadora serão inscritos como os pais legais da criança; a mãe portadora renunciará à sua maternidade, outorgando, assim, ao pai a totalidade das responsabilidades legais; a mãe de intenção adotará a criança do seu cônjuge; com a adoção plena a nova filiação substitui a de origem nos registos do estado civil¹⁹⁵. O cônjuge que adota deverá ser legalmente casado com a mãe legal da criança e dispor do seu consentimento. Marcelo de Alcântara¹⁹⁶ analisou um julgamento em França (país que, como sabemos, proíbe expressamente a maternidade de substituição desde 1994, em todas as suas formas e plasmada na lei 94-653 de julho de 1994, que esteve na génese do art.º 16º-7 do Código Civil, de 7 de julho de 2011) e que manteve inalterada a proibição. Não obstante, friso, a Corte de Cassação, já havia tomado posição no mesmo sentido numa decisão datada de 31 de maio de 1991, e que tem sido acompanhada pelas

¹⁹⁵ Cf. <https://babyguest.com/etat-civil-enfants-nes-a-letranger-gpa/>. Consultado em 10 de novembro de 2017.

¹⁹⁶ ALCANTARA, Marcelo de (2011) - Maternidade de Substituição no estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras? **Op. Cit.**, p. 101.

decisões dos tribunais franceses¹⁹⁷. Na análise que o autor faz de um julgamento com recurso à maternidade de substituição no estrangeiro, nomeadamente em Los Angeles e Califórnia em que foram reconhecidos os beneficiários como pais da criança, mas em que o Tribunal de Cassação, confirmando decisões dos julgamentos de Paris, arguiu que tal técnica “[...] contraria a ordem pública internacional francesa, porque ofende o princípio da indisponibilidade do estado da pessoa, sendo por isso nula. [...] em virtude disso, as crianças permanecem vivendo em França como estrangeiras, pois apenas possuem nacionalidade americana, adquirida pelo nascimento na Califórnia.”.

- **Brasil**

Tendo em conta as alterações introduzidas pela Resolução 2013/2013 do CMF as técnicas de reprodução assistida passaram a ser usadas tanto por casais heterossexuais, como por casais homoafetivos e ainda por pessoas solteiras¹⁹⁸. Segundo o art.º 199º parágrafo 4º da Constituição Federal é proibida constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância, sendo igualmente proibido gestar o filho alheio através de pagamento¹⁹⁹.

É ainda importante referir a Resolução n.º 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina que, no seu capítulo VII, estipula, no que respeita à maternidade de substituição (no sentido de doação temporária de útero), um acervo de restrições à liberdade da utilização

¹⁹⁷ O que leva o mesmo autor a considerar que (um aspeto que já clarificamos *supra*): “Assim, mesmo que os beneficiários busquem o estabelecimento da filiação por posterior adoção, ou por reconhecimento voluntário, ou por posse de Estado, possivelmente isso será contestado pelo Ministério Público e anulado pelos tribunais franceses.”; *idem, ibidem*.

¹⁹⁸ Cf. CASTRO, Carolina Corletto – Maternidade de Substituição no Direito Comparado e no Direito Brasileiro. Disponível em [em linha]: <https://jus.com.br/artigos/28977/maternidade-de-substituicao-no-direito-comparado-e-no-direito-brasileiro-p.3>. Consultado em 10 de novembro de 2017.

¹⁹⁹ “A gestação por substituição seria um **negócio jurídico** de comportamento, compreendendo para a «mãe de aluguel» obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria **nula**, por ilicitude do seu objeto (CC 104 II). Também se poderia ver configurado o **ilícito penal**, que pune dar parto alheio como próprio e registar como seu filho de outrem (CP 242); DIAS, Maria Berenice (2013) – **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 379. A mesma autora defende que nada justifica impedir a possibilidade de a barriga de aluguer ser remunerada, acrescentando que: “A resolução do Conselho Regional de Medicina, admite a cessão temporária do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até o segundo grau (ou seja, mãe, avó, neta ou irmã) da mãe genética.”; *ibidem*. Considera também que a possibilidade de utilização de útero alheio elimina a presunção *mater sempre certa est* e ainda que caí por terra a presunção *pater est*: “Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica, e, como o filho não tem a sua carga biológica poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593), como «mãe civil». À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que é a *gestatriz*.” P. 380. Esclarece ainda a autora a seguinte situação: “Quando a técnica procriativa é utilizada por lésbicas, de forma cada vez mais frequentes, uma gesta o óvulo da companheira que foi fecundado em laboratório. Neste caso não há falar em gravidez por substituição, mas em dupla maternidade. A justiça vem admitindo o registro em nome das duas mães, mas ainda, e injustificadamente, a aguarda, o nascimento para deferir o pedido, o que afeta o direito à identidade de quem chega ao mundo.”; *ibidem*.

desta nova técnica, conquanto se trate de uma norma infralegal (de cariz deontológico), ou seja, destituída de qualquer poder coercitivo²⁰⁰. Um outro dado preliminar a ter em conta é o art.º 226º parágrafo 7 da Constituição Federal – e regulamentado pela Lei 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996 – garantindo o direito ao planeamento familiar, incluindo a suscetibilidade de uma livre escolha do casal no que respeita à reprodução. Em virtude da possibilidade real de poderem ocorrer, pelo menos, duas paternalidades e três maternidades diversas, em caso de existirem gâmetas de dadores que serão gestados por uma mãe de substituição e, por conseguinte, a paternidade biológica divergir da jurídica, e a maternidade, por seu lado, se segmentar em três tipos: genética, gestacional e psicossocial, compreende-se que a referida Resolução n.º 1.358/92 haja procurado restringir ao mínimo o recurso a esta prática, mas indicando que a maternidade de substituição apenas poderá ocorrer aquando da comprovação da existência de um problema médico que se revele impeditivo de gestação da mulher que, não podendo gerar o filho, forneça o óvulo. Igualmente não podemos olvidar que o art.º 1º da Constituição federal consagra a dignidade da pessoa humana, e o mesmo preceito constitucional deveria ser suficientemente conformador de maneira a impedir a possibilidade da utilização do corpo humano, tal como sucede na contratação de uma mãe portadora e que, tal como defendo, fere justamente o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual (tal como acontece com o art.º 1999º do Código Civil francês) a maternidade de substituição deveria ser proibida. Mais acrescento que, em sede de indisponibilidade do corpo humano, em que este não pode ser objeto de atividade comercial, também encontro respaldo bastante no art.º 199º parágrafo 4 da Constituição Federal, cuja parte final estipula que “*é vedado todo tipo de comercialização*”. Por outro lado, também a pessoa concebida não pode ver a sua dignidade humana posta em causa, em virtude da afirmação expressa do princípio do *melhor interesse da criança e do adolescente*, tal como consignado na Constituição Federal, no seu art.º 227º e com regulamentação na Lei n.º 8.096/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Um outro elemento de enquadramento relevante desta matéria diz respeito à tendência crescente da jurisprudência e da doutrina brasileiras, com arrimo nesse princípio do melhor interesse da criança, reconhecerem a centralidade do afeto enquanto fator determinante no estabelecimento da filiação (a

²⁰⁰ AMORIM, Caroline Sebastiany (2006) - Aspetos Jurídicos da Maternidade de Substituição no Direito Brasileiro. Disponível em [em linha] www.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/caroline_amorim.pdf. Consultado em 13 de novembro de 2017.

denominada filiação socioafetiva sobreposta ao fator biológico)²⁰¹. Em termos de regulamentação, a ordem jurídica brasileira ainda não dispõe dos instrumentos apropriados, o que acarreta incertezas no que concerne aos direitos e garantias das partes envolvidas no processo de maternidade de substituição: “Identificam-se, de início, questões relativas à determinação da maternidade e da filiação, com reflexos nas relações de família, na fixação da nacionalidade e na transcrição do registo civil.”²⁰². As normas atinentes a esta matéria encontram-se, sobretudo, na já mencionada resolução n.º 2.013 do Conselho Federal de medicina e direcionada para as técnicas de reprodução assistida, desenhando um perfil mais protetor relativamente às gestantes de substituição e às crianças. Concluo, que o Brasil faz parte do grupo de países que permitem a maternidade de substituição de uma forma muito restritiva, só sendo admitida na sua modalidade altruísta, devendo a mãe portadora ser uma parente direta (aspeto não contemplado na legislação portuguesa), sendo que o facto mais impressionante é o de uma ausência de regulamentação no direito brasileiro da matéria que nos ocupa e, não raro, tem sido feita uma aplicação constitucional do art.º 5º, proclamando que: “ninguém pode ser obrigado a fazer ou impedido de fazer o que quer que seja se tal não for em virtude da lei”. Ainda assim, têm surgido projetos de lei, como o 90/1999 e o 1184/2003. O primeiro, teve como base a Resolução n.º 1.358/1992 do CFM e, nomeadamente, o seu art.º 3º que enunciava expressamente que essa técnica seria aceitável tão-somente em casos de estrita necessidade médica e na modalidade de gratuidade e ainda na condição da existência de um laço de parentesco até ao segundo grau (saliento que a extensão até ao 4º grau data de 2013) entre a mãe genética e a mãe portadora. Não obstante, este projeto foi alterado, em 2001, resultando um texto em que a maternidade de substituição é totalmente proibida, mesmo na sua modalidade gratuita. Já o projeto-lei de 2003 também foi redigido a partir da interdição de recurso ao contrato de mãe portadora e previa ainda que uma pessoa que

²⁰¹ Nesse sentido: “A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O Direito deu um salto à frente do dado da maternidade, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído [...] tanto o estado de filiação *ope legis* quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não.”; LÔBO, Paulo Luiz Neto (2004) – Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In **FARIAS; CRISTIANO**, Chaves de (s.d.) - **Temas atuais de Direito e Processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 338. *Apud* AMORIM, Caroline Sebastiany, **Op. Cit.**

²⁰² ARAÚJO, Nádya de; VARGAS, Daniela Trejos e MARTEL, Letícia de Campos Velho (2014) – A Geração de Substituição: regramento no Direito Brasileiro e seus aspetos de Direito Internacional Privado. Disponível em [em linha]: www.nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTAÇÃO-DE-SUBSTITUIÇÃO-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPETOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf. Consultado em 13 de novembro de 2017.

participasse dessa técnica, seja como beneficiária, seja como intermediária ou executante incorria, penalmente, numa pena de prisão de um ano a três anos além de uma multa²⁰³.

- **Outros países**

Existem outros países em que os direitos das mulheres são absolutamente calcados; as mulheres tornam-se meros objetos reprodutivos; são vilipendiadas na sua condição feminina e na sua dignidade humana. Um exemplo paradigmático é o da Índia, tal como esta impressionante descrição de Blindel: “Ouvi vários relatos de casos de mulheres forçadas a proceder à maternidade de substituição pelos maridos ou proxenetas.”²⁰⁴. Com efeito, na Índia é permitida a maternidade de substituição a título oneroso, sendo aliás um dos destinos preferenciais do denominado *turismo reprodutivo* dado existir no país uma multiplicidade de clínicas especializadas para esse efeito. Outro dos aspetos respeitantes à legislação da maternidade de substituição na Índia assinalamos que os *usos de barrigas de aluguer* têm como beneficiários casais heterossexuais, casados há pelo menos dois anos. Infelizmente há outros países que podemos citar pelas piores razões. Por exemplo, o Centro de Reprodução Humana da Ucrânia que *oferece* um novo bebé por nove mil euros e tem tido grande *procura* (deliberadamente uso estes termos de cariz económico, para mostrar o quão pouco dignificante é encarar a gestação de uma nova pessoa segundo as leis do mercado, a *mão invisível* de Adam Smith que equilibra as leis da oferta e da procura, sendo que, na Ucrânia, está disponível, inclusive, nas agências, catálogos com fotos de potenciais gestantes). Um outro caso é o do Nepal, cujas clínicas são consideradas como líderes neste comércio de aluguer de úteros e onde os espermatozoides e os óvulos são provenientes de bancos caucasianos, enquanto as gestantes são autóctones num processo ao qual não podemos deixar de denominar como um grande e aviltante negócio de fábricas de bebés.

Em síntese, e reportando-me ao contexto europeu, verifico a existência de uma grande liberdade de adotar a sua própria regulamentação no que respeita à maternidade de

²⁰³ Cf. BAUER, Marion e AMORI, Verônica (2011) – Les contrats de mère porteuse au Brésil. Disponível em [em linha]: www.cdpf.unistra.fr/travaux/obligations-biens/les-contrats-de-mere-porteuse/bresil/. Consultado em 13 de novembro de 2017.

²⁰⁴ Cf. Outsourcing Pregnancy: A visit to India's Surrogacy clinics. Disponível em [em linha]: <https://www.theguardian.com/global-development/2016/apr/04/outsourcing-pregnancy-india-surrogacy-clinics-jolie-blindel>. Consultado em 13 de novembro de 2017. “[...] i feel sick at the idea of wombs for rent. Sitting in the clinic, seeing smartly dressed women come in to access fertility services, all I could think about was how desperate women must be to carry a child for money. I kwon from other campaigners against womb trafficking that money surrogates are forced buy abusive husband and pimps. [...] but whild surrogates are usually from poorer backgrounds, the implanted eggs are selected from women up to the age of 25, usually highly educated and screened for any hereditary illness.”.

substituição. Deste modo, entre os países que estabelecem um quadro legal para essa matéria, há uns que a autorizam enquanto outros a proibem, existindo ainda outros países onde ela, por vazio legal, pode ser tolerada (casos da Bélgica ou da Holanda). Entre os países que já regulamentaram em favor da maternidade de substituição, temos: Portugal, Rússia, Ucrânia, Grécia, Reino Unido e Geórgia. Todavia, não é o facto de existir uma grande pluralidade de legislações sobre a maternidade de substituição, que poderá, penso, servir como argumento sólido para uma permissividade – e muito menos acrítica – e, sobremaneira, não o é de uma perspetiva ética que se repercute no direito²⁰⁵. Consequentemente, foi possível apurar nesta minha pesquisa sobre a maternidade de substituição no Direito Comparado que é maioritário o número de legislações que não admite a maternidade sub-rogada. Ademais, as leis que a permitem, na maior parte das vezes, não reconhecem o carácter executório aos contratos de maternidade de substituição, sendo uma das razões prevaletentes a de que ela viola a ordem pública. É isso que se passa, designadamente em França cuja prática da maternidade de substituição é, a qualquer título, ilícita, na medida em que, *grosso modo*, aparece equiparada à venda de crianças, motivo pelo qual qualquer contrato sobre essa matéria é nulo (nomeadamente por violação das leis sobre adoção), podendo o angariador do processo ser criminalmente punido. No que respeita a Itália é preciso enfatizar uma norma do Código Deontológico dos Médicos, proibindo expressamente a maternidade de substituição, o que adere à regra geral do princípio, segundo o qual a mãe é quem gerou a criança. De igual modo, a lei n.º 40, de 19 de fevereiro de 2004 – a primeira lei italiana sobre procriação assistida – proíbe a maternidade de substituição, sendo, aliás, uma lei fortemente restritiva²⁰⁶. Certo é que, efetivamente, a Itália não discute em nenhum caso legislativo a maternidade de substituição²⁰⁷. Pretendo ainda realçar que, já neste ano de 2017, os juízes do TEDH

²⁰⁵ Daí que concorde com o seguinte ponto de vista do Comité Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde Francês: “Le CCNE, Comme il l’a déjà souligné dans son avis 105 du 9 octobre 2008, préliminaire à la tenue des États généraux de la bioéthique, demeure ferme sur l’idée que la diversité des législations ne saurait justifier un alligement sur le plus permissif en matière éthique. De même, le fait que les pratiques existent ne doit pas conduire nécessairement la France à les organiser, à son tour sur le plan législatif. A aucun État ne doit être obligé de légiférer à la faveur d’un fait accompli, la question de la légitimité des pratiques restant du ressort du législateur.”, Comité Consultatif National d’Éthique Pour Les Sciences De La Vie et de la Santé – Avis n.º 110 – Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA). Disponível em [em linha]: www/ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf. P. 5. Consultado em 13 de novembro de 2017.

²⁰⁶ Porquanto não admite: “[...] qualquer intrusão na unidade familiar, como sucede com a maternidade de substituição. Neste contexto, não é de estranhar que a maternidade de substituição (gratuita ou onerosa) seja, não apenas banida, mas inclusive criminalizada (art.º 12º n.º 6 da Lei n.º 40).”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 103.

²⁰⁷ O que se escora, em larga medida, na seguinte argumentação: “Nós recusamos considerar a gestação para outrem como sendo um ato de liberdade e de amor. Ela é proibida em Itália, porém [...] os «comanditários» italianos podem encontrar noutros países mulheres que gerem por eles uma criança. Nós

deram passos significativos, com vista á condenação da maternidade de substituição. Refiro ao caso de um casal que recorreu a uma mãe portadora na Rússia. Com efeito, em janeiro de 2017, os juízes do TEDH consideraram como possível retirar uma criança, nascida de uma mãe portadora no estrangeiro, aos seus pais de intenção e não biológicos, sem que tal violasse a CEDH, o que representa, aliás, uma mudança importante no posicionamento relativamente a uma decisão que esse mesmo tribunal havia proferido em 2015. Tratou-se do caso Paradiso e Campanelli: o de um casal italiano infértil que recorreu a uma mãe portadora na Rússia, com a intermediação de uma agência russa que obteve uma remuneração de 49 mil euros. A criança foi registada como filha do casal em Moscovo. No entanto e uma vez de regresso a Itália, desencadeou-se um procedimento penal dirigido contra o casal beneficiário por ter contornado a lei italiana. Mediante a realização de um teste de ADN apurou-se que o senhor a Campanelli não tinha qualquer laço genético com a criança nascida e que a agência russa não havia utilizado o seu esperma para a conceção do bebé. Em consequência, a justiça italiana decidiu retirar o bebé, com nove meses aos pais beneficiários, institucionalizando-o, e além disso, a adoção da criança, considerada como filha de pais desconhecidos, foi lhes negada a que se seguiu uma longa batalha judicial em Itália e o TEDH em 2015, deu razão ao casal italiano, ao considerar que a retirada da criança configurava um atentado ao direito à vida privada e familiar. Uma decisão que conheceu uma reviravolta em 2017, já que o TEDH, considerou que inexistia violação ao direito à vida familiar, até porque não havia qualquer laço biológico entre a criança e os pais beneficiários²⁰⁸. Na Suíça, a Constituição Federal – que contempla um artigo atinente à procriação medicamente assistida- condena todas as formas de maternidade de substituição. Uma interdição que é adensada pela Lei Federal sobre a procriação medicamente assistida. Segue, portanto, a mesma linha proibitiva de Espanha e de Itália, uma vez que é a lei sobre a procriação medicamente assistida que contém a proibição da maternidade de substituição, ao passo que na Alemanha é sobretudo, a lei sobre a proteção do embrião que a impede. Na Bélgica, a gestação para outrem não aparece mencionada em qualquer texto legal, pelo que a sua prática ocorre

não podemos aceitar, tão-somente porque a técnica transforma numa possibilidade, e em nome dos direitos individuais presumidos, que as mulheres se tornem objetos à disposição.” (trad. minha). BERETTA, Elisabeth Astrid (2016) – La GPA en Italie: L’enfer, c’est les autres. Disponível em [em linha]: www.cafebabel.fr/societe/article/la-gpa-en-italie-enfer-cest-les-autres.html. Consultado em 13 de novembro de 2017.

²⁰⁸ Cf. LECLAIR, Agnès (2017) – Une avance pour les opposants à la GPA. Disponível em [em linha]: www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/01/24/01016-20170124ARFIG00355-les-juges-de-la-cedh-confirment-le-non-italien-de-la-gpa.php. Consultado em 13 de novembro de 2017.

fora de qualquer enquadramento jurídico explícito. Tanto na Bélgica como na Dinamarca, a mudança de filiação exige uma adoção. Já na Holanda, a maternidade de substituição é admitida pelo direito da medicina e num quadro de condições muito restritivas, conquanto não seja reconhecida pelo Direito civil, se bem que o Código Penal não puna os contratos de gestação concluídos a título oneroso, por sua vez, no Canadá, as regras variam entre as várias províncias; a lei federal sobre a procriação assistida proíbe a maternidade de substituição a título oneroso, bem como qualquer atividade de intermediação. Contudo, ela não se pronuncia nem sobre a validade dos contratos de gestação de substituição, nem sobre a filiação, porquanto essas duas questões incumbem às províncias e territórios. Por seu lado, na Polónia, um país de forte tradição católica, todos os debates acerca da maternidade de substituição têm sido bloqueados pela igreja. Inclusive, a Polónia não ratificou a Convenção de Bioética de 1997. Não obstante, proliferam na Polónia agências especializadas na intermediação entre pais intencionais e mães portadoras, sendo que os contratos propostos pelas agências não possuem qualquer legalidade, embora assinados na presença de um jurista e de um médico. Deste modo, em virtude do vazio legal, a maternidade de substituição não deixa de ser praticada. Em suma, a maternidade de substituição, em virtude das várias legislações entre países, coloca diversos problemas jurídicos. Ainda neste âmbito, torna-se pertinente questionar acerca da possibilidade da existência de uma regulação global da maternidade de substituição abrangendo mais de um país²⁰⁹. As questões principais predem-se com a constatação de que o *turismo reprodutivo* tem sofrido um aumento exponencial, encontrando-se atualmente muito disseminado. O entendimento de Marcelo de Alcântara é que tal circunstância se deve, sobretudo, ao facto de as leis nacionais proibitivas funcionarem como um incentivo para os casais inférteis procurarem soluções em países com legislações “mais liberais”²¹⁰. Um dos casos analisados pelo mesmo autor concerne ao Japão, onde não existe qualquer lei especial reguladora da maternidade de substituição ou mesmo de qualquer técnica de procriação assistida. Desde uma resolução de abril de 2003,

²⁰⁹ Uma questão que se desdobra nas seguintes, com ela conexionada: “Quando casais inférteis de países que possuem leis proibitivas buscam tratamento em outros países, como resolver as questões concernentes à filiação e à nacionalidade de crianças nascidas no estrangeiro nestas condições? O direito internacional privado é capaz de solucionar sozinho estas questões?”; ALCANTARA, Marcelo de (2011) – Maternidade de Substituição no estrangeiro: filiação com ou sem fronteiras? In **Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 8, n.º 16, p. 99.

²¹⁰ *Ibidem*. Ora, no que à maternidade de substituição diz respeito, argumenta o mesmo autor que: “Nos casos de maternidade de substituição realizada em países que a permitem, o estabelecimento da filiação tem enfrentado muitos problemas, porque muitas vezes a filiação é definida por efeito de lei ou decisão judicial no país de origem do casal, o que acaba trazendo sérios prejuízos para as crianças envolvidas.”; *ibidem*.

a Sociedade Japonesa de Obstetrícia e Genecologia proíbe a maternidade de substituição, conquanto exista a Suwa Martinity Clinic, que oferece a maternidade de substituição. O caso destacado pelo autor é o de um casal de artistas japoneses que contrataram uma mulher nos EUA, com o objetivo de gestar um embrião formado pelos gâmetas dos beneficiários. Embora, através de um julgamento de um tribunal do Estado do Nevada, os gâmetas nascidos de uma mãe portadora foram registados enquanto filhos do casal japonês²¹¹.

Ora, do meu ponto de vista uma tal Convenção Internacional não se afigura como uma boa solução, porquanto é preciso respeitar as muitas divergências legais, mas igualmente éticas e morais, em relação a uma matéria tão delicada e complexa como é esta da maternidade de substituição, acrescentando que não se vislumbra a possibilidade de países que, legitimamente, a proibem aceitarem, aprovarem ou viabilizarem uma Convenção desse género, porque a determinação da nacionalidade é da competência dos Estados e da sua soberania.²¹² Mais evoco que, no que concerne às ações da Conferência de Haia sobre o direito internacional a respeito dos efeitos internacionais da gestação de substituição, refiro que a Comissão Especial (reunida em junho de 2010 com o objetivo de avaliar a utilização da Convenção Sobre a Adoção Internacional) considerou que essa Convenção não era o diploma ajustado para o tratamento das questões da maternidade de

²¹¹ Todavia, o governo do Japão negou o pedido do requerimento do registo das certidões de nascimento americano, com base no seguinte argumento: “[...] a beneficiária, mesmo tendo vínculos genéticos com as crianças, não poderia ser considerada mãe, pois, segundo as leis japonesa, mãe é aquela que da à luz [...]. Após uma longa batalha judicial, o Supremo Tribunal do Japão decidiu em 2007 negar o pedido do casal [...] e também destacou que o casal japonês poderia adotar as crianças e assim estabelecer a filiação posteriormente.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 102. Através da sua análise de julgamentos ocorridos no Reino Unido, França e Japão, Marcelo de Alcântara visa, sobremaneira, mostrar a existência de dois modelos inconciliáveis, a saber: “[...]um mais liberal, levando em conta o melhor interesse da criança, mesmo que de certa forma contrariando manifestamente a lei; e um mais rígido, não admitindo em hipótese alguma o estabelecimento da filiação entre os beneficiários e a criança no momento do nascimento.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 103. Uma análise que conduz este autor a aventar a hipótese de uma convenção internacional como resposta à problemática do estabelecimento da filiação em casos de maternidade de substituição no estrangeiro, o qual vem ganhando repercussões de carácter global: “como se vê, a filiação em maternidade de substituição praticada no estrangeiro é decidida de acordo com critérios diversos dependendo do país. Surge, então aqui a questão a respeito da utilidade e da viabilidade de uma convenção Internacional cuja a finalidade fosse unificar os critérios, ou pelo menos, fixar certos parâmetros a serem seguidos pelos países na determinação da filiação.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 105.

²¹² Conquanto o mesmo autor se mostre ciente dos escolhos com que se depararia uma tal possibilidade da Convenção Internacional, ainda assim advoga que ela “[...] será o grande desafio das discussões que se seguirão ao longo dos próximos anos.”; *ibidem*. A este respeito, Cf. Ainda a nota 23 do documento preliminar n.º 10 de 2012 da Conferência de Haia e ainda TRIMMINGS, Katarina et BEAUMONT, Paul (2013) – **International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at International Level**. Oxford and Portland, Oregon, Art Publishing.

substituição²¹³. Igualmente favorável a uma regulamentação unificadora da orientação do direito internacional privado sobre questões que respeitam à reprodução humana transfronteiriça é Ana Carolina P. Massaro, para quem urge: “[...] a elaboração de um quadro jurídico multilateral para que se garanta a preservação da pessoa humana, independentemente do local em que nasça ou que dê à luz um filho.”²¹⁴. Esta é, sem dúvida, uma preocupação crescente da qual não se alheou a UE, designadamente na resolução do Parlamento Europeu, de 5 de abril de 2011²¹⁵ acerca das prioridades e definição de um novo quadro estratégico da UE para combater a violência contra as mulheres, considerando que estas não podem ser encaradas como produtos no mercado reprodutivo à escala internacional.

²¹³ Todavia: “Em 2012, um relatório preliminar sobre os Estados foi apresentado pelo Secretariado na reunião anual do Conselho. Na discussão do tema, com base no documento preliminar n.º 10 de 2012, o Secretariado ressaltou que os aspetos internacionais de maternidade de substituição era um tema em que as soluções universais são insuficientes e por esta razão seria necessário promover algum tipo de regulamentação de caráter multilateral, ponto em que a expertise da Conferência de Haia seria deveras adequada.”; ARAÚJO, Nádya; VARGAS, Daniela Trejos e MARTEL, Letícia de Campos Velho (2014) – Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspetos de direito internacional privado. Disponível em [em linha]: www.nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTAÇÃO-DE-SUBSTITUIÇÃO-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPETOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf. Consultado em 13 de novembro de 2017.

²¹⁴ MASSARO, Ana Carolina P. (2014) – Baby Business: A indústria internacional da “barriga de aluguel” sob a mirada da Convenção de Haia. In **Ridb**. Ano 3 (2014), n.º 8, pp. 5767. Disponível em [em linha]: www.cidp-pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05767_05806.pdf. Consultado em 13 de novembro de 2017.

²¹⁵ Disponível em [em linha]: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getdeoc.do?pubRef=-//EP//Text+Ta+P7-TA-2011-0127+OTDOC+XML+VO//PT>. Consultado em 13 de novembro de 2017.

CAPÍTULO 6: A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

6.1. Os contributos da Bioética para o Direito

A bioética – espalhada em termos como biomedicina, biotecnologia e biodireito, é um termo que foi cunhado nos anos 70 do séc. XX pelo oncologista Van Rensselaer Potter – possui como núcleo de preocupações as variegadas inovações técnicas, mormente ao nível médico-científico, e, ademais, configura o seu horizonte, eminentemente crítico e reflexivo, em torno da regulamentação que, no que concerne à tutela da personalidade humana, surge enquadrada teleologicamente por valores fundamentais, profundamente humanizantes que a norteiam e que ela visa normativar. O termo bioético é de recente criação, com enfoque para os EUA nos anos 60 do sec. XX, ora utilizado em sentido lato decorrente da sua etimologia (domínio das questões éticas ligadas à vida), ora em sentidos mais restritos, nomeadamente o referente às aplicações da biologia e da medicina à vida humana²¹⁶. Entre as suas múltiplas preocupações avultam como claves problemáticas designadamente a procriação medicamente assistida ou ainda a questão da maternidade de substituição. Desse imprescindível contributo da Bioética para o Direito decorre, inevitavelmente, a imperiosa necessidade de se proceder a uma contextualização jurídica – e, sobremaneira, constitucional – dos diversos assuntos, e em especial aqueles que fazem parte do nosso objeto de estudo. Há que atender, pois, aos problemas com que a bioética confronta o direito²¹⁷.

Por outro lado, no que diz respeito à célere evolução da tecnologia e, inerentemente, da bioética e dos desafios que coloca ao Direito, destaco que são “Tudo questões que, se por um lado se relacionam com a melhoria das condições da vida

²¹⁶ Segundo R. Cabral: “Os avanços científico-técnicos verificados desde há uns decénios – muito especialmente no domínio da genética e da fetologia – têm ampliado notavelmente o campo da bioética. [...] também se vão multiplicando as diligências que visam colmatar o vazio jurídico existente na matéria e criar instâncias regulamentadoras da investigação e da aplicação das novas técnicas.”; CABRAL, R. (1989) – Bioética. In **Logos Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia**. Tomo I. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, pp. 686 e 687.

²¹⁷ Contudo, julgo relevante a seguinte ressalva a este propósito: “Não existe uma solução única para cada uma das questões estudadas. Pelo contrário, as respostas encontradas são, em larga medida, função da mudança de que o intérprete parta. Mais importante do que a resposta encontrada é – parece-nos – o discutir-se cada um dos temas considerados, procurando-se que o Direito encontre soluções de «justo meio», adequadas à sociedade em que vivemos.”; MELO, Helena Pereira (2008) – **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, p. 9.

humana, se entrecrocam frequentemente com o valor essencial da dignidade humana.”²¹⁸. Com efeito, os enormes progressos do ponto de vista médico-científico não deixam de acarretar escolhos do ponto de vista ético e, simultaneamente, jurídico. É sobretudo no séc. XX que assisto ao advento de uma perturbadora carência de uma “nova ética, de uma nova solidariedade”, porquanto “[...] o ser é generosidade – sem as quais a humanidade aparece como um navio sem rumo, e o ser humano se converte numa «paixão inútil» (Sartre).”²¹⁹. Neste âmbito, a questão de saber se as novas normas e relações jurídicas em especial atinentes à problemática da maternidade de substituição, nos seus múltiplos cambiantes, são *in concreto* as que melhor se ajustam à nova realidade e cujo flanco foi aberto pela procriação medicamente assistida, em grande parte fruto dos progressos da medicina de reprodução. Aliás, trata-se de um núcleo problemático em que o Direito se sobrepôs ao próprio labor dos juristas, a quem, creio, não assiste o papel muitíssimo redutor de “[...] meros conservadores de museus”²²⁰ nem tampouco o feixe de relações jurídicas deverá ficar prisioneiro dos “egoísmos individuais”²²¹.

O contributo da Bioética para o Direito, no que à matéria da maternidade de substituição diz respeito, é muito relevante, desde logo porque o seu surgimento teve como consequência imediata uma rotura altamente controversa entre a maternidade e a gravidez e porventura até entre maternidade genética e uterina²²². Dito de outra forma: por via da maternidade de substituição é alcançado o patamar derradeiro em que emerge a possibilidade da transição da natureza para a técnica e ainda uma impressionante mudança no que toca aos critérios de filiação vigentes, nomeadamente no ordenamento jurídico português. Por outro lado, e para além dos progressos da tecnologia médica, uma questão de grande pertinência concerne à definição do parentesco: será este eminentemente um fenómeno biológico? Ou será antes um conceito sobretudo sociocultural?²²³.

²¹⁸ DUARTE, Tiago (2003) – *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, p. 9. Seguindo a mesma linha de orientação de defesa de que nem tudo o que não é ilícito é eticamente fundado: “A dignidade humana e a inviolabilidade da vida humana surgem como fonte de imposições de uma intervenção legislativa.”; OTERO, Paulo (1999) – *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano. Um perfil constitucional da Bioética*. Coimbra: Almedina, p. 45.

²¹⁹ CAMPOS, Diogo Leite de (2008) – O Direito em nós. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 68 (set.- dez.). Lisboa, p. 556.

²²⁰ *Idem, ibidem*.

²²¹ *Idem, Op. Cit.*, p. 557.

²²² Cf. RAMOS, H. Vilaça (2012) – Maternidade de Substituição – Perspetiva bioética. In *Brotéria Cristianismo e Cultura*. Vol. 174, p. 142.

²²³ Eis algumas questões que, penso, poderão ser adequadamente contextualizadas à luz dos seguintes e fundados rezeios: “Como na maternidade de substituição o interesse dos pais se sobrepõe ao interesse do filho, nomeadamente no seu direito a ter uma história de nascimento e uma filiação normais, é compreensível que o filho venha a sentir algum tipo de desconforto e daí sair prejudicada a sua relação com

Um outro problema de natureza marcadamente ética a que o jurista – seja o intérprete, seja o aplicador do direito e, inerentemente, o legislador, embora este último não tenha sido sensível na sua regulamentação da maternidade de substituição a esta dimensão que lhe teria exigido uma mais aturada ponderação – diz respeito à imperiosa necessidade de tutelar o interesse da criança, o qual deve sobrelevar o de quaisquer outras pessoas envolvidas no processo da maternidade de substituição. De facto, a centralidade do interesse do nascituro assoma como deslocada na exata medida em que a maternidade de substituição provoca, do meu ponto de vista, uma deliberada cisão entre a função materna de cariz genético e a função materna de gestação e, mesmo que se admita que a gestante seja simultaneamente a mãe genética não deixa de ocorrer uma inevitável dissociação entre as funções de maternidade biológica plena e a da denominada de maternidade social. Acresço que estamos perante uma subversão da própria ideia de filiação, em virtude, justamente, da cesura entre a filiação biológica e a social²²⁴. É aceitável que um filho seja objeto de um contrato cujo *telos* é a satisfação do desejo de outrem? É aceitável que um filho seja a objetivação de um desejo, mais ou menos egoísta, satisfeito pelo poder da medicina propiciado pela tecnologia? É justificável que a lei, o Direito se conforme com esse poder científico e tecnológico suscetível de facultar desejos que são entendidos com direitos? Questões a que não podemos ficar indiferentes e as quais podem ser encaradas do ponto de vista de uma reflexão que nos convoca a pensar se esse salto quântico que permitiu a maternidade de substituição não arrasta consigo uma alteração de paradigma civilizacional²²⁵.

Na realidade, com a maternidade de substituição colapsa o primado da biparentalidade e da unicidade do parentesco, preferencialmente biológico, e que

os pais. Talvez pior seja que o filho, ciente de ter nascido de forma não natural, possa desenvolver o sentimento de que foi objeto de um negócio dos pais beneficiários ou possa sentir que a mulher que o deu à luz o abandonou. Ambas as situações são potencialmente geradoras de grave sofrimento.” (Sublinhado meu); *idem*, **Op. Cit.**, p. 150.

²²⁴ Cf. *idem*, **Op. Cit.**, p. 155. A propósito desta questão acerca de uma maternidade dissociada, julgo pertinente a seguinte reflexão: “Essa dissociação opera-se essencialmente no quadro da maternidade que se decompõe nos seus aspetos genético, uterino e socioafetivo, mas também, por vezes, no quadro da paternidade, quando se recorre a um dador de esperma. Esta decomposição da maternidade e da paternidade, favorecida pelo aparecimento das procriações medicamente assistidas às quais se soma o fenómeno da maternidade de substituição não deixa de perturbar profundamente o modo como apreendemos a filiação e de levantar inúmeros dilemas tanto éticos como jurídicos.”; HOTTOIS, Gilbert e PARIZEAU, Marie-Hélène (1998) – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, p. 277.

²²⁵ Uma reflexão que é feita nesta síntese do Cardeal Patriarca de Lisboa D. Manuel Clemente: “Em muito se denota a redução individualista da sensibilidade corrente, em que o ético e o moral pouco ultrapassam o que a cada um pareça ou apeteça, bastando que haja meios técnicos para o obter e não devendo a lei senão corresponder-lhe.”; *Apud* RAMOS, H. Vilaça (2012) – Maternidade de Substituição – Perspetiva Bioética. In **Brotéria Cristianismo e Cultura**. Vol. 174, p. 160.

pontificam como elementos basilares do sistema de filiação português, o qual fica “[...] consideravelmente maltratado na hipótese de maternidade de substituição.”²²⁶. Entre esses dilemas é preciso, por confrontação com o ato médico que inere à procriação medicamente assistida, em sentido mais restrito, ter em conta que, enquanto naquela “Os progenitores têm a responsabilidade pelo ser que trouxeram a vida. São colocados numa relação de serviço: os interesses do novo ser têm primazia em relação aos deles.”²²⁷. (Sublinhado meu). Já no que diz respeito à maternidade de substituição, entendo, o que sucede é a utilização da mãe portadora, firmado o contrato e facultado pelos avanços médico-tecnológicos, como veículo tendente à satisfação de um desejo dos pais beneficiários sem que exista, de facto, quaisquer deficiências que, por si só, legitimem o recurso a práticas de intervenção no processo reprodutivo. Ademais, os problemas da esterilidade ou da infecundidade – no acervo de doenças contempladas na Lei 25/2016, 22 de agosto, cujo art.º 8º n.º 2 refere os *casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem* – não ficam resolvidos com a obtenção de um filho através do aluguer de um útero, isto é, da gestação de substituição. Mesmo que tenha sido deixado à margem o contrato oneroso (expressamente proibido pela Lei que regula o acesso à gestação de substituição e que procede à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, referindo-me naturalmente à Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, art.º 8º n.º 5 (primeira parte): *é proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição, pela gestação da criança*, e ainda o art.º 8º n.º 2 (primeira parte): *a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita*), porquanto um momento tão relevante como a gestação não pode, de facto e de direito, ser venalizado, bastando, desde logo, invocar “[...] a contrariedade à cláusula geral dos bons costumes.”²²⁸. Mesmo sendo um contrato gratuito, julgo que um tal contrato de gestação colide, de maneira censurável, com bens indisponíveis. Aliás, evoco que era precisamente a invalidade dos contratos gratuitos que, numa primeira fase da diacronia desta matéria

²²⁶ HOTTOIS, Gilbert e PARIZEAU, Marie-Helène (1998) – **Op. Cit.**, p. 277.

²²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira (2008) – O início da vida. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II, Coimbra: Almedina, p. 11. Reportando-se ainda à PMA, acrescenta o mesmo autor: “[...] se as técnicas disponíveis passam a ser utilizadas para satisfazer primacial ou exclusivamente interesses dos progenitores, há um desvio de finalidade que inquina o processo.”; *ibidem*.

²²⁸ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 24. Acrescento que a Convenção sobre Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de dezembro 1989 e ratificada por Portugal em 12 de setembro de 1990, estatui, no seu art.º 7º que *a criança tem, na medida do possível, direito a conhecer os pais e de ser educado por eles*.

que nos ocupa, que se encontrava plasmada no art.º 8º n.º 1 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, sendo que, nesse caso, a lei abria espaço para que a mulher gestante, no termo da gestação, pudesse incumprir o contrato. Um outro problema subjacente à dignidade do nascituro e da criança liga-se à questão, de horizonte mais geral, do direito à identidade genética. Pergunto: pode o filho nascido de uma mãe portadora ficar privado do conhecimento de quem o gerou e deu à luz? Não poderei deixar de responder negativamente²²⁹. Agora bem, o triunfo técnico-científico, por um lado, e a hipervalorização da subjetividade, por outro lado, interpelam-nos a refletir sobre se estamos diante de uma crise de valores do Direito (que também ele, estaria contaminado pela crise de valores²³⁰ que mina as diversas esferas da sociedade contemporânea), na medida em que, designadamente, a técnica e a ciência se alcandoram a uma nova *ideologia*²³¹. Desse modo, tal como defendo, urge que o Direito seja cada vez mais

²²⁹ E, nomeadamente, com o auxílio da seguinte posição, com a qual estou em total acordo: “A ninguém pode ser negado o direito de saber a forma como foi gerado ou o direito de se conhecer a si própria a definição integral da sua identidade genómica.”; BARBAS, Stela (2008) – Investigação da filiação. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, p. 42. Aliás, no ordenamento jurídico português, a cognoscibilidade das raízes genéticas afigura-se como um direito fundamental, encontrando-se consagrado no art.º 25º n.º 1 (a integridade moral e física das pessoas é inviolável) e no art.º 26º n.º 2 da CRP (*a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*). Sobre o primeiro preceito, relevamos a seguinte anotação: “O direito à integridade física e psíquica condiciona severamente a hipótese de se recrutar constitucionalmente um *direito a dispor do próprio corpo*. [itálicos no texto] [...] Este princípio tem como corolário lógico o *princípio da não venalidade do corpo*.” Acerca do segundo preceito (e que é referente a um dos aspetos que já aflorei neste tópico do nosso estudo): “*O direito à historicidade pessoal* designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, podendo fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, mesmo em alguns casos em que, *prima facie*, a lei parece estabelecer a preclusão do direito de acionar nas ações de reivindicação de paternidade. Problemático é saber se isso implica necessariamente um direito ao conhecimento da progenitura, o que levanta dificuldades no caso do regime tradicional da adoção e, também, mais recentemente, nos casos de inseminação artificial heteróloga e das «mães de aluguer». Neste sentido, o direito à identidade pessoa postularia mesmo *o direito à identidade genética* como seu substituto.”; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007) - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 455-462. Ainda a este propósito: “A identidade, que compreende a verdade sobre a própria origem, não se esgota num código genético informador do genótipo, já que são igualmente essenciais a essa identidade, de um modo geral, os episódios vivenciados pelo indivíduo, de forma consciente. O conhecimento da ascendência biológica do indivíduo é um direito personalíssimo, fundamental para a plena estruturação da sua integridade psíquica. A identidade pessoal, que inclui a identidade e o património genéticos, assume uma relevância cada vez maior se tivermos em conta a revolução biotecnológica a que se vem assistindo e a atual conjuntura em que se desenvolvem os valores sociais, perante os riscos crescentes de manipulação [...]”, GALANTE, Fátima (2013) – **A adoção: a identidade pessoal e genética**. VerboJurídico, p. 8.

²³⁰ Cf. A este propósito LIPOVETSKY, Guilles (1988) – **A era do vazio – Ensaio sobre o individualismo contemporâneo**. (Trad. Port. Miguel Serras Pereira e Ana Lúcia Faria). Lisboa: Relógio D’água.

²³¹ “A «racionalização» progressiva da sociedade depende da institucionalização do progresso científico e técnico. Na medida em que a técnica e a ciência evadem as esferas institucionais da sociedade e transformam assim as próprias instituições, desmoronando-se as antigas legítimas.”; HABERMAS, Jürgen (1987) – **Técnica e Ciência como «ideologia»**. (Trad. Port. Jorge Machado Dias). Lisboa: edições 70, p. 45. Por sua vez, “A biologia e a genética tornam-se hoje, deste modo, a expressão máxima de um sector de fronteira e, simultaneamente, de defesa de um modelo de sociedade em que a técnica e a ciência não se tornem em instrumentos de negação da humanidade ao próprio Homem e, por essa via, em estradas

flexível, deixando-se impregnar pela dimensão ética face à evolução científico-tecnológica nas áreas da biomedicina e da genética²³². Por outro lado, igualmente a hipervalorização da subjetividade corrói os pilares basilares do próprio Direito²³³, o qual, creio, e sobremaneira no domínio do Direito da família, não pode ser tolhido por um modelo eticamente neutral, que corre o sério risco de aquiescer relativamente a “[...] Uma nova conceção de pessoa e do seu estatuto jurídico, integrado só por direitos dos mais fortes, e pela crucificação dos mais fracos.”²³⁴. Trata-se afinal, de um Direito cegamente cativo da hipertrofia da vontade livre do sujeito e que não acolhe os relevantes contributos de outros ramos do saber, desde logo a ética e a bioética, mas também a antropologia, a psicologia, a filosofia ou a biologia.

No caso específico da maternidade de substituição é, em última instância, o dogma da vontade dos beneficiários da gestação que acaba sobrelevando sobre o da pessoa, da criança ou ainda da dignidade da mãe substitutiva; como que a vontade, o centralismo do desejo dos beneficiários se autolegitimassem, prescindindo de quaisquer outros referenciais²³⁵. Jacques Robert²³⁶ aventou, em relação à técnica de reprodução inerente à maternidade de substituição, a seguinte fórmula: “Ser-se-ia parente por desejo, não por

do totalitarismo.”; OTERO, Paulo (2001) – **A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária**. Cascais: Príncipe, p. 180.

²³² E é, nessa ordem de ideias, que: “[...] A bioética se torna o mais recente ponto de confluência entre o mundo das ciências da vida e o Direito, falando-se mesmo em biodireito ou, mais especificamente, em bioconstituição.”, IDEM, **Op. Cit.**, p. 181. E o mesmo autor extrai o seguinte corolário: “o Estado não pode abdicar de assumir uma conceção ética de defesa do ser mesmo e da sua dignidade contra qualquer postura degenerativa do progresso científico e tecnológico: a simples reivindicação de uma posição de neutralidade perante os atentados contra a pessoa humana será já uma renúncia do Estado a ser Estado.”, *idem*, **Op. Cit.**, p. 184. O Prof. Paulo Otero acrescenta ainda: “Numa perspetiva meramente jurídica, o quadro traçado de completa «cegueira ética» pode mesmo conduzir à tentativa conceptual de se constituir um modelo de «direitos fundamentais» *contra natura*: «direitos» do homem contra o próprio homem, especialmente contra a vida, contra a dignidade do ser humano e contra a família como elemento natural da sociedade.” (Sublinhado meu); *idem*, **Op. Cit.**, p. 185.

²³³ A este propósito, enfatizo a seguinte reflexão: “Verificando-se um processo contínuo de autoreferenciamento entre norma e decisão, entre lei e caso, entre norma e sujeito, entre valor e interesse. O Direito, também o Direito Civil (possivelmente este em muitos campos com mais razão do que os outros ramos do Direito) tem-se transformado num Direito individual, num Direito do caso concreto que quando gera normas as gera através de modelos contratuais, de negociações entre sujeitos privados. Muitas vezes com o efeito perverso de a norma daí resultante não ser utilizada para reequilibrar o interesse dos mais fracos, mas para tornar mais fortes os interesses dos fortes, para melhor radicar as posições dotadas de maior poder contratual, de mais força nas relações com os outros.”; CAMPOS, Diogo Leite de (2008) – **A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito. In Estudos do Direito da Bioética**. Vol. II, Coimbra: Almedina, p. 77.

²³⁴ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 79.

²³⁵ Assim sendo, concordo com a seguinte perspetiva (e que, lamentavelmente, não foi acatada pelo legislador em sede de maternidade de substituição): “Nas relações em que há uma profunda desigualdade de poder, de força, quando estão implicados menores (embora o problema não se refira só a estes) a ética, a biologia, a antropologia, etc.) não podem deixar de positivar-se em Direito.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 81.

²³⁶ ROBERT, Jaques (1984) – **La Procréation Biologique Et Génétique Face Aux Exigences Du Droit**. In **Revue Du Droit Public**. N.º 5, p. 1227.

natureza.” (trad. minha). Todavia esta formulação não é isenta, penso, de perplexidades. Desde logo, é-lhe subjacente a ideia de que a mãe portadora, ao alugar o seu útero, o faz como uma manifestação de pura liberdade, de exercício do seu poder de escolha (livre-arbítrio) de dispor do seu corpo como lhe aprouver. Em contraponto, e tal como refere Jean-Marie Aubi: “O corpo humano não pode ser considerado como um bem, como uma mercadoria de que se possa dispor.”²³⁷. Não obstante, e preliminarmente demarco-me de quem aproximou a maternidade de substituição da prostituição²³⁸, visto que se trata de realidades diametralmente diversas, tendo em conta quer a gratuitidade neste género de operação, quer o facto de a prostituição envolver vários(as) parceiros(as). Em suma, o maior contributo da Bioética, para a problemática ingente à investigação do nosso objeto de estudo, respeita à maneira como nos permite estabelecer um importante entrelaço entre três pólos fundamentais, a saber: o ser biológico, a ética e o Direito²³⁹.

É importante frisar ainda que um dos elementos relevantes que acomoda o importante contributo da bioética para o direito, associa-se à criação (nomeadamente pela Lei n.º 14/1999 de 9 de junho) do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida cujas eméritas personalidades que o integram franqueiam perspetivas atinentes ao progresso das ciências médicas e biológicas das quais o legislador não deve alhear-se. Isto porque o que verdadeiramente ocupa um tal Conselho é o núcleo da pessoa humana, o seu valor íntimo para utilizar uma expressão kantiana²⁴⁰, a sua identidade e dignidade fundamentais. Além disso, estabelece um quadro axiológico a que o legislador deve atentar na demanda das melhores soluções, em favor do propósito maior para que foi criada essa Comissão²⁴¹.

²³⁷ AUBI, Jean-Marie (1991) – *Le Corps Humain Et Le Droit: Les Droits D’Homme Sur Son Corps*. In **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Edições Jurídicas, p. 180.

²³⁸ Sobre esta questão, Cf. GOBERT, Michelle (1992) – *Réflexions Sur Les Sources Du Droit Et Les «principes» D’indisponibilité Du Corps Humain Et D’état Des Personnes (A Perpos De La Maternité De Substitution)*. In **Reveu Trimestrielle De Droit Civil**. N.º 3 (jul.- set.), Ano 91, pp. 509 e ss.. Iguualmente, BARBAS, Stela (2006) – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, p. 147, nos seguintes termos: “não concordo que se possa proceder a uma equiparação entre mãe-hospedeira e a prostituta. Caso contrário, teria que entender a inseminação artificial de uma mulher num consultório médico, numa clínica ou num hospital seria equivalente a uma relação sexual!...”

²³⁹ Ou dito de outro modo recorrendo às doudas palavras de Oliveira Ascensão: “[...] as intervenções sobre o homem como ser biológico à luz da ética e do direito.” ASCENSÃO, José de Oliveira (1991) – *Direito e Bioética*. In **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Edições Jurídicas, p. 9.

²⁴⁰ KANT, Immanuel (1988) – **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. (Trad. Port. Paulo Quintela). Lisboa: Edições 70, p. 83.

²⁴¹ E cujas linhas de força são, sinteticamente, as seguintes: “Dela se espera, claro esta que venha a preparar leis; mas o que dela provavelmente se aguarda é que equacione problemáticas prévias, que seleccione e sugira critérios, que confronte experiências comparativistas e, sobretudo, realidades humanas [...] Será, nessa linha, uma Comissão interdisciplinarmente criativa; ajudará a regular a lei, mas, de algum modo, a

6.1.1. A maternidade de substituição à luz da ética deontológica de I. Kant: a dignidade humana como fronteira

“As últimas décadas de progresso científico e tecnológico nos domínios da investigação e experimentação biológica e da biomedicina em torno dos seres humanos vieram trazer uma dramática importância operativa ao princípio da humanidade formulado por Kant: o século XXI poderá mesmo tornar-se a idade kantiana do princípio da humanidade.”

Paulo Otero, **Instituições Políticas e Constitucionais**, p. 208

Não obstante o direito e a moral constituírem ordens normativas diversas, cada uma com as suas especificidades, defendo, no entanto, a existência de relações de influência entre ambas as ordens normativas e relações de interdependência, visto que “[...] entre a moral e o Direito existe um espaço potencial de condomínio regulativo da conduta humana em sociedade [...]”²⁴². Contudo, e tendo em conta a reflexão que perpassa neste capítulo, o que mais importa enfatizar é a ligação da bioética com o direito²⁴³. Não sendo exatamente o campo de aplicação da razão no seu uso prático, tal como configurado por Kant, tomo como ponto de partida desta reflexão, necessariamente sinóptica, um primeiro extrato de análise acerca da temática que, preferencialmente, ocupa-me. Esse campo é o da moral social, ou seja, aquela que se encontra positivada mediante uma aquiescência generalizada no seio da sociedade. Do ponto de vista kantiano, diria que esse domínio se apresenta como intermédio entre o mundo sensível e o mundo inteligível a que o ser humano, simultaneamente, pertence. Intermédio, no sentido em que há hierarquia das três disposições constitutivas da natureza humana (a

inventar o Direito [...]”RAPOSO, Mário (1990) – Bioética e Direito. In **Revista do Ministério Público**. Ano 12º, n.º 45, pp. 22-23.

²⁴² OTERO, Paulo (1998) – **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**. Vol. I. Tomo 1, Lisboa, p. 290. até porque “[...] a verdade é que a moral exerce sempre uma influência silenciosa nas pré-compreensões dos decisores jurídicos [...] Mais: muitas das posturas críticas sobre o Direito vigente e as inerentes propostas de reforma legislativa baseiam-se em posições que partem de postulados de natureza moral, visando, deste modo, por acolhimento ou rejeição, impregnar o direito de uma indesmentível ligação genética à moral.” (Sublinhado meu); *idem*, **Op. Cit.**, p. 292.

²⁴³ E, neste sentido destaco as seguintes considerações: “[...] a bioética representa hoje um «setor de ponta» nas relações entre a moral e o Direito, envolvendo a discussão em torno dos princípios éticos que devem pautar as investigações científicas e tecnológicas sobre a vida humana e seus aspetos nucleares, tal como sejam, por exemplo, a manipulação genética, a clonagem humana, a procriação artificial, o transplante de órgãos humanos, o aborto ou a eutanásia [...]”; *idem*, **Op. Cit.**, pp. 270-271. Mais acrescenta este autor: “[...] podem aqui colocar-se, por conseguinte, delicados problemas de delimitação jurídica da fronteira entre o lícito e o ilícito em termos de dignidade humana no que respeita ao nível de investigação ou de experimentação científica, sendo certo, todavia, que a revisão constitucional de 1997 veio a consagrar no art.º 26º n.º 3 um conjunto de direitos fundamentais de natureza pessoal em tal matéria.”; *ibidem*.

saber: a animalidade, a humanidade e a pessoalidade), o domínio da moral social situa-se no plano da humanidade, em que o ser humano ainda está, conquanto já afastado da moralidade, submetido às leis da casualidade externa, o qual só pode ser transposto por via da autonomia como chave da liberdade, permitindo ao homem alcandorar-se á personalidade, sendo a razão - e não circunstâncias e interesses mais ou menos egoístas - a fonte da moralidade. Dito de outra maneira: esse campo da moral social permanece, segundo Kant, ao nível das construções morais alicerçadas nos costumes e, portanto, *heterónomas*. Porém, no que respeita à maternidade de substituição, também é campo fértil para se criticar a sua regulamentação, já que não é negligenciável a sua necessária influência na esfera do Direito e enquanto critério para se ajuizar da adequação das soluções encontradas pelo legislador. Penso, por exemplo, na situação de minimização do estatuto da mãe portadora e questionamo-nos até que ponto a sociedade em que vivemos está ou não preparada para acomodar essa nova realidade de uma mulher, mais ou menos bem-intencionada, alugar o seu útero. Ou, por outro lado, o julgamento dessa mesma sociedade ante as crianças que nascem fruto de uma relação contratual. Por conseguinte, à luz de uma tal moral social, é minha convicção que a sociedade não se encontra preparada para aceitar que o contrato de gestação transforme a mãe portadora numa mera incubadora e a criança numa espécie de mercadoria. A este respeito trago à colação Guilherme de Oliveira²⁴⁴, que, justamente, questiona a exigibilidade de lançar-se mão do art.º 280º n.º 2 do CC que preceitua: *é nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*, ou ainda do art.º 81º n.º 1 do CC, que estipula: *toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública*, porquanto o contrato de gestação implica, necessariamente, uma prévia renúncia a um direito de personalidade, a saber: ao estatuto jurídico da mãe. Com efeito, mesmo nesse domínio da moral social, creio que não existiu um debate suficientemente amplo e esclarecedor na *esfera pública*²⁴⁵ que envolvesse os cidadãos e os incentivasse ao debate, à troca de argumentos, numa participação emancipatória e com vista à ação transformadora. Até porque o homem-médio não parece acompanhar o progresso da biotecnologia²⁴⁶. Essa inexistência de uma aturada discussão

²⁴⁴ OLIVEIRA, Guilherme de (1989) – Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida. In **Revista da Ordem dos Advogados**. (dezembro), p. 788.

²⁴⁵ Conceito extraído de: HABERMAS, Jürgen (1984) – **Mudança estrutural da esfera pública. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. (Trad. Bras. Flávio R. Kothe). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

²⁴⁶ Citando Callahan, saliento que: “Numa sociedade orientada para o mercado e dominada pelos *media*, os nossos valores, vontades e preferências estão permanentemente a ser manipulados por outros, pois as nossas

pública sobre a matéria, envolvendo a sociedade civil, joga em desfavor da legislação aprovada, até porque “A intervenção legislativa deve dar causa a um amplo debate antes de ser textualizada.”²⁴⁷. Portanto, a denominada revolução copernicana operada por Kant, no que à razão no uso prático diz respeito, passa por um deslocamento de uma arraigada moral de costumes para o específico domínio da ética fundamentadora da moral. É neste plano que radica o modelo kantiano; aquele que reconduz a dignidade humana a pedra basilar do imperativo categórico²⁴⁸ e que se distingue dos imperativos hipotéticos (que tão-somente asseguram a conformidade ao dever e não, como aqueles, a ação por dever) por nos representarem uma ação enquanto objetivamente necessária por si mesma independentemente de qualquer outra finalidade, ao invés dos imperativos que apenas ordenam hipoteticamente, isto é, representam a necessidade de uma ação possível como meio para alcançar uma qualquer finalidade que se deseja (ou que é possível que se deseje).²⁴⁹ Do meu ponto de vista, a identificação entre desejo e direito a ter um filho acaba por implicar que se postule a superioridade dos progenitores sobre a criança, o que, por si só, atenta contra a sua dignidade, pois a criança deixa de ter valor em si mesma e passa a ter um valor meramente relativo, ou seja, vale na medida em que é um veículo tendente à satisfação de um desejo; um simples instrumento de realização pessoal dos pais legais. Dito de outro modo: os imperativos categóricos são incondicionais e independem da matéria da ação, ao passo que os hipotéticos são condicionais, ordenam os meios para determinados fins.

No que concerne à maternidade de substituição, como venho argumentando, o bem da criança é relegado para um plano secundário, suplantado pelo interesse, pelo bem-estar de quem provocou o seu nascimento; a sua pessoa digna de respeito é, por

vidas e decisões pessoais contribuem para definir os princípios morais de uma cultura, ajudam a criar certos padrões de comportamento que influenciam os outros a construir critérios morais, frequentemente tácitos que regulam as nossas decisões sociais.”; CALLAHAN, D. (2009) – O bem social e o bem individual: aborto e reprodução assistida. In **FLAD. A condição humana**. Lisboa: Dom Quixote, pp. 23-24.

²⁴⁷ RAPOSO, Mário (1991) – Procriação Assistida – Aspectos éticos e jurídicos. In **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Edições Jurídicas, p. 115. E mais acrescenta Mário Raposo: “Em qualquer sentido, há que comeder a fascinação de *produzir* e a tentação de *manipular* para além dos limites consentíveis pela preservação da dignidade humana. Se o progresso tecnológico não pode ser bloqueado, todos os passos deverão ser dados com *prudência*. O «sonho da razão» não poderá destruir a *lealdade* perante a própria consciência.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 118.

²⁴⁸ “Há por fim um imperativo que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção a atingir por um certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento. Este imperativo é **categórico**. Não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela deve resultar, mas com a forma e os princípios de que ela mesma deriva [...] Este imperativo pode-se chamar o imperativo da moralidade.”; KANT, I. (1988) – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. (Trad. Port. Paulo Quintela). Lisboa: Edições 70, p. 52.

²⁴⁹ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 50.

consequente, utilizada como um meio para a obtenção de fins alheios, verificando-se, dessa forma, uma instrumentalização da criança²⁵⁰. Tal como ocorre uma instrumentalização da criança, também a mãe portadora sofre uma intolerável coisificação²⁵¹. No que respeita às mães portadoras é preciso atentar ao problema da minimização do seu *valor íntimo*²⁵² e, conseqüentemente, da sua dignidade enquanto pessoa. *In limine*, temos de relevar o que Kant denomina como um *preço venal*²⁵³. A esta luz, a maternidade de substituição abre flanco à ideia redutora segundo a qual: “[...] A mulher cujo útero se tornou uma mera função, pode ser substituída por outro equivalente, ao nível extremo de alienação biológica.”²⁵⁴. Ora, é justamente esta ideia de possibilidade de ter um equivalente que faz com que a grávida seja ferida na sua dignidade, o que só pode ser avalizado por uma hipervalorização da autonomia corporal²⁵⁵ e nos postulados

²⁵⁰ Neste mesmo sentido e acerca das alusões dos interesses da criança que, ao ser instrumentalizada, é ferida na sua intrínseca dignidade: “A criança assim gerada virá seguramente a padecer conseqüências psicológicas nocivas, dado o invulgar circunstancialismo que rodeou o seu nascimento. Daqui derivam crises de identidade, pois pode sentir-se dividida entre um leque de potenciais progenitores, desde os pais legais até à mãe gestacional, podendo ainda entrar em cena um dador de esperma e uma dadora de ovócitos, exteriores á relação contratual principal. A necessidade de conhecer as suas verdadeiras origens irá atormentá-la durante toda a vida.”; RAPOSO, Vera Lúcia (2005) - **De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 48. Todavia, a mesma autora contra-argumenta – sendo que me oponho dessa contra-argumentação, porque os exemplos a que recorre para rebater a ideia de utilização da criança como meio para um fim são, justamente, exemplificativos de situações, nos antípodas do pensamento kantiano, em que as crianças são geradas como meios para atingir finalidades como sejam a de salvar um casamento. Vejamos: “Quanto á utilização da criança como meio para um fim, não será que o mesmo sucede com os filhos nascidos no seio do casamento, em circunstâncias tidas por normais? Muitos casais têm filhos para salvar o casamento, para se realizarem pessoalmente ou por outros motivos extrínsecos [sublinhado meu] ao interesse do futuro novo ser.”

²⁵¹ Para que se entenda, em Kant, a fundamental distinção entre coisas e pessoas, cf. KANT, I., **Op. Cit.**, p. 68. E o imperativo da humanidade: “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”; IDEM, **Op. Cit.**, p. 69. E ainda: “No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço pode se por em vez dela qualquer outra coisa como *equivalente*; mas quando uma coisa esta acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem dignidade.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 77.

²⁵² KANT, **Op. Cit.**, p. 48.

²⁵³ Desta forma clarificado: “O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento*; aquilo, porém que constitui a condição só graças á qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 77.

²⁵⁴ SILVA, Miguel Oliveira da (2012) – Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e gravidez de substituição. In **Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida**. Março, p. 31. E mais adiante: “A gravidez não é um mero serviço que se utiliza (que é útil a alguém), um utensílio, um instrumento (num corpo que se instrumentaliza) [...]”, p. 32. Uma outra perspectiva argumentativa alinhada pelo mesmo diapasão é a seguinte: “Constitui ofensa á dignidade da mulher por levar ao «*meretrício* do útero», por degradar a mulher a um mero organismo reprodutor e mercenário e por haver instrumentalização da mulher como organismo sexual; por ofender a dignidade e a integridade psíquica do nascido.”; DINIZ, Maria Helena (2002) – **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, p. 505.

²⁵⁵ A este prepósito, contra o pertença direito de uma total disponibilidade do corpo, realço a seguinte perspectiva: “É ainda o valor absoluto da dignidade que justifica a sua indisponibilidade: o homem «não deve renunciar à sua dignidade», razão pela qual o homem não deve também renunciar à sua autoestima

de uma moral utilitarista (na esteira de Stuart Mill) à margem da afirmação nuclear de Kant de que **o homem não é uma coisa**. Como tal, jamais se pode aceitar a sua utilização como um simples meio, porquanto, como aclarei *supra*, o ser humano deve ser sempre encarado com um fim em si mesmo (radicando aqui o princípio da humanidade)²⁵⁶, de significativa, especialmente nesta problemática maternidade de substituição, operatividade jurídica, representando, assim, a fronteira coincidente com o topo axiológico da ordem jurídica portuguesa²⁵⁷. Evoco ainda a condenação no Parlamento Europeu, em dezembro de 2015, das «barrigas de aluguer», por tratar o corpo e as capacidades reprodutivas da mulher como um bem transacionável²⁵⁸. Para finalizar este

moral [...]”; OTERO, Paulo (2007) – **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 209.

²⁵⁶ Dele se extrai, precisamente, como corolário: “O ser humano nunca se pode degradar a si próprio em simples meio [o que ocorre com a mãe de substituição] ou coisa, nem ser degradado por terceiro [os beneficiários genéticos ou sociais da gestação de substituição] à categoria de coisa ou mero instrumento: [para suprir uma situação de enfermidade] o princípio da humanidade vincula o ser humano perante si próprio e vincula todos os restantes ao seu respeito.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 208.

²⁵⁷ Até porque mesmo no que à matéria do direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo, é preciso atender ao seguinte: “A admissibilidade da relevância da vontade/disposição [...] a de ser equacionada à luz dos fundamentos dos limites ou princípios enquadrantes, ou seja, de uma conceção do direito como ciência de valores, do princípio da dignidade humana, das noções de ordem pública e bons costumes, das linhas traçadas pela ética e para a moral. **É o homem na sua total e alienável dignidade que está em causa.**”; NETO, Luísa (2004) – **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 18.

²⁵⁸ É igualmente a partir dos princípios basilares da ética kantiana que Paulo Otero defende que a maternidade de substituição traduz em *retrocesso histórico*, por constituir: “[...] um atentado à dignidade humana da mãe e da criança, ambas utilizadas, numa linguagem kantiana, como simples meios ao serviço dos interesses egoístas e não solidários do casal beneficiário.”; OTERO, Paulo (2012) – A dimensão ética da maternidade de substituição. In **Direito & Política**. (out-dez) n.º 01, p. 82. Relativamente à gestante, considera o professor Paulo Otero que “[...] a mulher aparece aqui como um meio, um objeto ao serviço dos interesses procriativos de terceiro, num cenário em que a sua dignidade aparece capturada pela liberdade.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 85. O mesmo autor acrescenta ainda o seguinte argumento acerca da capitulação do processo emancipatório da mulher que faz a doação do seu útero: “[...] a maternidade de substituição, permitindo às mulheres uma disponibilidade do seu próprio corpo, isto em termos técnicos e científicos, insuscetíveis de ser passível de ocorrer com os homens, acaba por conduzir a uma nova e grave forma de discriminação feminina: a mulher encontra-se colocada, por força da maternidade de substituição, numa situação de verdadeira bioescravatura, daqui resultando um estatuto diferenciado em relação a todos os homens sob um aparente exercício da liberdade sobre o seu próprio corpo, num gesto atentatório da sua dignidade como ser humano, a maternidade de substituição acaba por colocar a mulher numa posição de inferioridade face ao homem.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 86. Já quanto à criança gerada, este autor defende: “Independentemente da natureza gratuita ou onerosa da maternidade de substituição (envolva ou não) a utilização de material genético da mãe portadora, assistimos aqui sempre à utilização da criança como simples meio ou instrumento ao serviço dos propósitos da prestadora do serviço: sejam razões de índole financeira ou razões de solidariedade que justificam a maternidade de substituição, a verdade é que a criança assim gerada nunca é um fim em si mesmo, antes se configura, numa linguagem kantiana, como objeto ou meio de alcançar fins que lhe são totalmente alheios.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 87. Pondo a tónica na condenação da maternidade de substituição de natureza onerosa, estes autores assumem o seguinte ponto de vista: “encarada como constituindo uma forma de comércio do corpo humano, a maternidade de substituição é muito energicamente criticada, em nome do princípio da intangibilidade do corpo humano e como afronta à dignidade e à sua integridade. [...] da doação, no sentido nobre do termo, passar-se-ia então para a troca, no sentido mercantil do termo. O corpo humano, mas também as futuras crianças entrariam facilmente no comércio, apesar do carácter sagrado e inviolável. [...] O direito não suporta a atribuição a um valor

tópico, acrescento que pode mesmo suceder que, ao arrepio do modo como Kant firma a dignidade do ser humano como um fim em si mesmo e nunca um meio, a mulher portadora vê mutilada a sua dignidade ao ser coisificada, até porque ela é muito mais do que a soma das suas partes, logo muito mais do que o útero que doa, deixe de reconhecer a indignidade da sua instrumentalização, o que se afigura como bem mais gravoso, já que “a indignidade é mais séria quando a respetiva vítima já não sofre pela sua indignidade.”²⁵⁹ (trad. minha).

6.2. O direito ao conhecimento pleno da identidade deve prevalecer sobre o direito a constituir família?

À partida, realço que o art.º 15º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, regula o princípio da confidencialidade, nestes termos: “1- *Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA*”. Contudo, uma questão que não pode deixar de ser colocada a este propósito é a de saber se a criança nascida de uma mãe de substituição desfruta ou não do direito de conhecer a identidade desta, conquanto seja considerada legalmente filha dos pais beneficiários. Por outro lado, é admitida a inseminação com sémen de um dador, caso não seja possível obter a gravidez de outra forma e aqui levanta-se uma outra questão – deixada em aberto pela segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho e alterada pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho e que faz a quarta alteração àquela Lei e que consagra exceções à proibição de recurso a maternidade de substituição, mas mantendo no seu art.º 15º a mesma conceção sobre a confidencialidade – que é a seguinte: de balde o que é anunciado no Preâmbulo, como se harmoniza o anonimato dos dadores com o direito a conhecer a identidade genética por parte das crianças nascidas de PMA com sémen de terceiros, dadores esses que não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer? Não obstante, esse mesmo art.º 15º desta Lei no seu n.º 2 estipula que: *as pessoas nascidas em consequência de processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou*

económico ao corpo ou a sua instrumentalização.”; HOTTOIS, Gilbert e PARIZEAU, Marie-Hélène (1998) – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, pp. 279-280.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald (1994) – **Life’s Dominion**. New York: Vintage Edition. 237.

embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

A questão central que exige uma resposta é a seguinte: **deve a pessoa nascida nas condições que inerem à maternidade de substituição ter o direito de conhecer a identidade da mãe de substituição?** Desde logo, para uma aproximação à resposta é necessário recorrer designadamente ao art.º 26º n.º 3 da CRP introduzido pela Lei Constitucional n.º 1/97 e que estipula o seguinte: *a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.* Assim, neste preceito constitucional fica consignado o *direito à historicidade pessoal*, o qual “[...] designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.”²⁶⁰. Assim sendo, este preceito constitucional encontra-se heterovinculado a valores – *maxime* a dignidade da pessoa humana – que superam a vontade individual dos seus membros e constituindo o parto o critério jurídico fundamental da filiação materna.

A premissa de que parto neste tópico é a de que a valoração dos interesses da criança gerada em sede de uma maternidade de substituição se topografa como uma questão primordial à qual devemos conceder especial relevância²⁶¹. Assim, tal princípio é manifestamente abalado na circunstância em que a criança devém instrumento do propalado direito a constituir família, uma vez que é, deliberadamente, trazida à vida uma criança a quem, por imposição legal, fica interditado o direito a conhecer a sua origem biológica, tal como se previa nos Projetos de Lei que desembocaram na aprovação da Lei de gestação de substituição. Essa premissa que adoto assenta numa conceção segundo a qual a família constitui, prevalentemente, uma instituição cujo regime está embebido de parâmetros axiológicos em que pontifica a dignidade da pessoa humana²⁶². É no âmbito de um tal enquadramento que se escora a configuração da aspiração reprodutiva como um

²⁶⁰ CANOTILHO, J. J. e MOREIRA, Vital (2007) – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra editora, p. 462.

²⁶¹ O que vai ao encontro do entendimento do CNEV: “O interesse da criança que vai nascer deve ser valorizado acima de todos os outros instrumentos envolvidos, em consonância, aliás, com todo o ordenamento legal português que subordina quaisquer interesses ao «princípio do interesse superior da criança».”; Cf. 87/CNEV/2016, p. 12.

²⁶² Dou conta de uma conceção divergente e no contexto da qual o sistema jurídico mais facilmente acolhe a maternidade de substituição, a saber: “[...] a conceção segundo a qual o valor fundamental nesta matéria é o da liberdade, *maxime* a de procriar e de constituir família, sendo por isso o contrato de maternidade de substituição, enquanto manifestação do exercício dessa liberdade, tido como válido. A vontade individual adquire nesta perspetiva [com a qual discordamos], um papel determinante na constituição da filiação materna.”; VICENTE, Dário Moura (2012) – Maternidade de substituição e reconhecimento internacional. In **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, p. 610.

direito juridicamente sustentável; uma posição sufragada por Vera Lúcia Raposo²⁶³. Defende ainda esta autora que a procriação é um direito²⁶⁴, em virtude da relevância que aquela assume para “[...] a felicidade e dignificação da pessoa que deverá ser reivindicada a título de direito.”²⁶⁵ e cujo respaldo constitucional se encontraria no art.º 36º da CRP, que consagra o direito a constituir família e em relação ao qual a autora faz uma interpretação dinâmica e extensiva²⁶⁶. A mesma autora coloca bem o cerne da questão que preside a esta etapa do meu estudo, a saber: “Até que ponto é legítimo cobrir a verdade biológica, efetiva, com um outro tipo de verdade, mais legal do que real, que desemboque numa hipostação científico-jurídica?”²⁶⁷, eis uma questão que nos permite adensar o direito ao conhecimento das origens genéticas²⁶⁸, enquanto valor juridicamente tutelado²⁶⁹. Neste âmbito, defendo que a criança gerada por via da maternidade de

²⁶³ Nos seguintes termos genéricos: “[...] está aberto o caminho à reconfiguração da simples aspiração de ter filhos biológicos como um direito juridicamente sindicável, afastando-o dos meros desejos, pretensões, ou mesmo dos direitos apenas moralmente relevantes.”; RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – Direitos reprodutivos. In **Lex Medicinæ**. Ano 2, n.º 3, Coimbra: Coimbra Editora, p. 112. E acrescenta a autora: “[...] o direito a não ter filhos, o qual, juntamente com o direito a ter filhos, dá origem a esta nova categoria de direitos de 4ª geração, os direitos reprodutivos.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 113. Cf. Ainda CANOTILHO, J. J. Gomes (2002) – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, pp. 385 e ss..

²⁶⁴ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 115.

²⁶⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁶⁶ Ao considerar que se trata da: “[...] norma que mais diretamente consolida os direitos reprodutivos [...] Família não apenas enquanto direito ao matrimónio, mas também direito a procriar, livre de obstáculos ao estabelecimento da filiação [...] Segundo cremos, no atual horizonte jurídico-social, a norma terá que ser entendida como o direito á utilização dos meios científicos aptos á procriação, isto é, um direito de acesso às soluções desenhadas pela ciência e pela técnica.”, *idem*, **Op. Cit.**, p. 117. Não obstante, a mesma autora adverte que: “[...] mesmo na maternidade de substituição gratuita se denota uma coisificação da pessoa humana, pois embora a criança não seja vendida ela é, no entanto, doada. Ora um dos pilares básicos da nossa civilização é que as pessoas não se transacionam, nem mesmo gratuitamente.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 127.

²⁶⁷ *Idem*, **Op. Cit.**, p. 131.

²⁶⁸ Tal como plasmado em diversos diplomas internacionais, tais como por exemplo: o art.º 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950); o art.º 8º da Convenção sobre o Direito das Crianças das Nações Unidas; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, art.º 24º n.º 3 e, além disso, a resolução do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, de 16 de março de 1986, estipulando que os Estados devem respeito pelo direito da pessoa gerada com recurso a essas técnicas de conhecer a sua origem genética, nos mesmos termos em que um tal direito do adotado seja tutelado. Já em termos jurisprudenciais, salientamos que “Na Holanda, por exemplo, o Supremo Tribunal (Hoge road der Neberlanden) no Acórdão Valkenhorst, de 15 de abril de 1994, reconheceu o direito geral da criança á sua personalidade, defendendo que ela devia compreender o *direito a conhecer a identidade dos pais biologicose*, em Espanha, tanto a doutrina (Rivero Hernández e Quesadagon Zàlez, por exemplo) como a jurisprudência (Sentencia Del Tribunal Constitucional 119/1999, de 17 de Junio e Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 1999, dão conta do possível fundamento constitucional do direito ao conhecimento das origens genéticas.”; Cf. VICENTE, Dário Moura, **Op. Cit.**, p. 198.

²⁶⁹ Adoto a seguinte definição do direito ao conhecimento das origens genéticas: “[...] como a faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respetivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente.” REIS, Rafael Vale e (2009) – Direito ao conhecimento das origens genéticas. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina, p. 195. Na mesma linha argumentativa para apoiar a consideração do direito ao conhecimento das origens genéticas como um autónomo *direito fundamental*: “[...] um direito de cada um saber quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhes corre nas veias, em que medida

substituição terá o direito a conhecer a mãe que a gerou, na medida em que isso “[...] constitui um direito à «eliminação da mentira» relativamente á historicidade pessoal.”²⁷⁰. Igualmente Oliveira Ascensão advoga que, exista ou não laço de filiação, cada ser humano deveria poder conhecer da sua proveniência, porquanto “não é só uma ligação biológica: há um momento humano, no conhecimento do passado ou dos antecedentes de cada um.”²⁷¹. Mais adiante que qualquer pessoa deve conhecer a sua origem biológica, pouco relevando que esse conhecimento se encontre ou não conexionado com o estabelecimento jurídico da filiação. Daí que, por exemplo, a preservação da identidade do dador (caso exista no processo seja de esperma, seja de ovócitos) colida, julgo, com o direito da criança ao conhecimento da sua origem natural, para além do conhecimento da sua origem genética. Razão pela qual considero que existe uma violação do art.º 26º da CRP no caso de a opção recair sobre o anonimato do dador, contra o que defende, nomeadamente, Paula Martinho da Silva, para quem a inconstitucionalidade se pode evitar tão-somente com a informação prestada ao filho nascido com dação de gâmetas do código genético e restantes características do doador, mantendo, porém, o seu anonimato²⁷². Todavia – e bem – veio o legislador constitucional (na Revisão Constitucional de 1997) clarificar – como já referi *supra* – no n.º 3 do art.º 26º CRP que: *a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica*. Não obstante, o art.º 36º n.º 1 da CRP veio reconhecer um direito de constituir família em condições de plena igualdade, que abrange o direito de procriar²⁷³. Além disso, reitero, o direito de procriar, mesmo quando é correlacionado por

intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenómeno capital do seu nascimento [...]”; VARELA, João de Matos Antunes (1994) – A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e do direito brasileiro. In **Revista de Legislação e Jurisprudência**. Ano 127, n.ºs 3843, 3844, 3846, 3848 e 3849 e ano 128, n.ºs 3852 e 3853, pp. 100-101.

²⁷⁰ REIS, Rafael Vale, **Op. Cit.**, p. 200. Daí que considero com a sua perspectiva seguinte: “[...] num esquema de maternidade de substituição em que a portadora não tenha facultado o óvulo que foi fecundado, autonomiza-se, ainda, o reconhecimento do direito do filho a aceder à identidade dessa mulher que suportou a respetiva gestação.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 201.

²⁷¹ ASCENSÃO, Oliveira (1991) – Direito e Bioética. In **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Lex, p. 28.

²⁷² SILVA, Paula Martinho da (1987) – O anonimato do dador. In **Boletim da Ordem dos Advogados**. II série (jan.-fev.), p. 3. Contra esta posição, cf. Raposo, Mário – Bioética e Biodireito. In **Revista do Ministério Público**, ano 12º, n.º 45, p. 40. E também – entre outros – MARTINS, António Carvalho (1996) – **Bioética e diagnóstico pré-natal (alguns aspetos jurídicos)**. Coimbra. Coimbra editora, p. 55.

²⁷³ É pertinente anotar a seguinte perspectiva: “A criação de vida humana e a procriação não são valores absolutos. Não se pode pensar pura e simplesmente que é melhor existir do que nunca existir, que é melhor ser concebido e nascer do que nunca ter sido concebido e nunca ter nascido.”; PINHEIRO, Jorge Duarte (2009) – **O direito da família contemporâneo**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, p. 252. Relevamos ainda a seguinte interpretação do art.º 36 n.º 1 da CRP: “o «direito a constituir família» conferido a todas as pessoas, casadas ou não [...] será, em primeiro lugar, um *direito a procriar* e, em segundo lugar, um *direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e de maternidade*.”; COELHO, Francisco Pereira e Oliveira,

vários autores com o direito a constituir família, encontra-se limitado pelo interesse da futura criança. Poder-se-ia – e assim fazem muitos daqueles que argumentam em abono da gestação por conta de outrem – invocar ainda os artigos 26º n.º 1 (consignando que todos têm o direito ao desenvolvimento da personalidade) e art.º 27º n.º 1, ambos da CRP (estipulando este último preceito o direito à liberdade)²⁷⁴. A todos estes aspetos acrescem as seguintes situações (as quais, penso, não foram suficientemente ponderadas na lei que regula a gestação de substituição): “[...] a ignorância sobre o que pensam, sente, desejam as crianças assim originadas, quando sabem a sua história biológica e quem foi a sua gestante.”²⁷⁵.

Em consonância com os argumentos que tenho vindo a aduzir, friso que, para lá da instrumentalização perversa do ser humano (mormente das mães portadoras), a pessoa humana possui uma indeclinável identidade que urge preservar, em virtude da sua infungibilidade, indivisibilidade e irrepetibilidade de um ponto de vital antropológico, mas também o direito á sua historicidade pessoal conformadora e que assenta numa dimensão ética com efeitos jurídicos²⁷⁶. Ora, nem sempre o Direito (e o problema da maternidade de substituição é disso, a meu ver, paradigmático) acompanha os riscos que inerem à crescente evolução biotecnológica²⁷⁷. Por conseguinte, o Direito ainda não

Guilherme de (2008) – **Curso de Direito da Família**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 118-119.

²⁷⁴ Porém, ainda que o enfoque recaísse sobre esses dois preceitos constitucionais, não se poderia deixar de atender à seguinte e importante ressalva: “[...] só que o exercício da liberdade contratual está balizado pelos princípios fundamentais do Direito, que penetram em conceitos determinados. É assim que os negócios jurídicos são nulos se contrariarem a ordem pública e os bons costumes, como resulta do art.º 280º n.º 1 do CC.”; PINHEIRO, Jorge Duarte, **Op. Cit.**, p. 253. Após repudiar a gestação a título oneroso, o mesmo autor considera: “O contrato de gestação a título gratuito não enfrenta idêntico grau de oposição, apesar de dar azo frequentemente a situações de substituição intrafamiliar, que escapam aos quadros tradicionais de conceção de parentesco. Lembre-se apenas [e, na verdade, esse exemplo concretizou-se recentemente com a primeira gestação de substituição em Portugal] o exemplo da mulher que gera uma criança para a sua filha: a mãe de gestação da criança será concomitantemente avó.”; *idem*, **Op. Cit.**, pp. 253-254.

²⁷⁵ SILVA, Miguel Oliveira da (2017) – **Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer. Para um debate de cidadãos**. Lisboa: Caminho, p. 161. Ou ainda: “No caso de a grávida de substituição já ser mãe, ter família e, pelo menos, um filho com quem vive, como lhe(s) explicar o destino da criança que vai dar à luz e que, porventura, nem ela própria nem os seus familiares alguma vez verão com os seus próprios olhos, porque o parto pode até ocorrer com o recurso a desnecessária cesariana (do ponto de vista materno fetal) e até mesmo sob anestesia geral?”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 162.

²⁷⁶ Neste sentido: OTERO, Paulo (1999) – **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Coimbra: Almedina, p. 65 e ss..

²⁷⁷ Daí que subscreva a seguinte perspetiva: “Deste modo, segundo nos parece, estando sem dúvida enraizada a consciência da necessidade de tutela da identidade genética humana, o Direito não acompanha, ainda assim, o medo diretamente adveniente de um escrúpulo ético relativo aos progressos biotecnológicos.”; FERREIRA, Ana Elisabete (2011) – A intangibilidade da identidade genética humana – um direito humano? Porquê? In **Lex Medicinæ**. Ano 8, n.º 16, Coimbra: Coimbra Editora, p. 120. Acrescenta a mesma autora que “tal poderá significar que a comunidade jurídica, provavelmente por prezar muitíssimo a investigação científica e o que esta significa em termos sociais, políticos e económicos, não pretende afrontá-la, e prossegue na sua heurística com algum paternalismo face ao progresso

acomodou suficientemente (*maxime* no que respeita à maternidade de substituição) o importante imperativo da responsabilidade de Hans Jonas, a saber: “Age de tal modo que os efeitos da atuação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica.”²⁷⁸. Daí que faça sentido questionarmo-nos sobre que efeitos pode ter no comportamento e desenvolvimento humanos, a nível individual e social (penso nas mães portadoras e nas crianças geradas com o recurso a uma gestação para outrem) decorrentes de sensações de felicidade ou de realização pessoal (penso nos casais beneficiários) no quadro da denominada *família eudemonista*²⁷⁹, em virtude do contrato de gestação.

6.3. O respeito pela dignidade da gestante e do superior interesse do nascituro e da criança

Do meu ponto de vista não andou bem o legislador que regulamentou a maternidade de substituição (ou nos termos usados na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto - *Gestação de Substituição*) nomeadamente por haver privilegiado o interesse do casal beneficiário em detrimento do interesse do nascituro²⁸⁰, o qual deveria ter sido credor de primazia. Julgo pois censurável a hipervalorização do desejo dos pais beneficiários, porquanto ela traduz uma redução da dignidade quer da mulher gestante quer – e sobretudo – do nascituro que, mesmo quando ainda não nasceu, é já merecedor do respeito pela humanidade que, inevitavelmente o moldará, uma vez que, não negligenciando a falta de consenso na doutrina acerca da condição jurídica dos nascituros (que extravasa, todavia, a finalidade primordial desta minha investigação) defendo que existe vida e personalidade a partir da conceção pese embora o estipulado no art.º 66º do CC, determinando – de uma maneira, a nosso ver, anacrónica – que a personalidade jurídica

biotecnológico, marginalizando, talvez, ameaças mais reais e imediatas do que podem supor os nossos horizontes leigos.”; *ibidem*.

²⁷⁸ JONAS, H. (1998) – **Le principe responsabilité: Une éthique pour la civilisation technologique**. Paris : Flammarion.

²⁷⁹ WELTER, Belmiro Pedro (1999) – **Estatuto da União Estável**. Porto Alegre: Síntese, p. 32.

²⁸⁰ Daí que partilho da perspetiva assumida na Declaração Conjunta dos Conselheiros que votaram contra (Michel Renaud; Ana Sofia Carvalho; Agostinho Almeida Santos; Francisco Carvalho Guerra; José Germano de Sousa e Maria do Céu Patrão Neves) a gestação de substituição: “Pelos problemas potenciais graves e potencialmente irreversíveis que acarreta, na sua maioria com uma incidência negativa sobre o interesse, a construção de identidade e o bem-estar físico e psicológico do nascituro, entendido como prevalecente sobre o interesse do «casal beneficiário», não consideramos eticamente justificada a aprovação da gestação de substituição.”. Disponível em [em linha]: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1335282946-declaraa-a-o-de-voto-conj.pdf>. Consultado em 13 de setembro de 2017, p. 4.

começa com o nascimento²⁸¹. Daí que o nascituro tenha de ser respeitado na sua dignidade, na sua identidade única, na sua intrínseca historicidade e, assim, não pode um tal respeito que lhe é eminentemente devido ser condicionado ao meio desejado com vista à finalidade de, em certo sentido, suprir a impossibilidade de mulheres e casais, devido a fatores médicos ou fisiológicos, de ter uma gravidez própria. Os pais beneficiários da maternidade de substituição, aquando da celebração do contrato com a mãe de substituição, estão em última análise, a predestinar o filho “[...] a uma objetivação que lhe é intrinsecamente estranha.”²⁸². Ora, o legislador, defendendo, não teve a devida atenção à especial vulnerabilidade²⁸³ do nascituro, a que o direito deveria corresponder com um acréscimo de proteção²⁸⁴. É na verdade controversa a equiparação entre o desejo e o direito a ter um filho e do meu ponto de vista não se trata de situações intercambiáveis. A falta de capacidade reprodutiva não é o que preside à ação médica, uma vez que ela se encontra ou inexistente ou impossibilitada de ser utilizada e, por isso, o que acontece na maternidade de substituição é uma instrumentalização do nascituro em gestação e cujas condições da sua vida são fortemente adversas a que tenho de acrescentar a manipulação da mulher portadora ou gestante que fica diminuída na sua condição e reduzida à função de mera incubadora²⁸⁵. Neste sentido, rejeito a legitimidade do direito a um filho e considero que o desejo a ter um filho não pode ser passível de devir um equívoco direito

²⁸¹ “O futuro Homem já se encontra, assim, inscrito e programado no genoma -projeto pelo qual a ontogénese é controlada de modo ativo. O zigoto depois da fusão de dois gâmetas humanos é já pertença de um certo indivíduo. Esse restrito conjunto de células [...] não pode ser considerado menos ser humano que o conjunto já maior de células diferenciadas e dispostas ordenadamente que compõem os tecidos e órgãos de um feto com três meses; este por sua vez, não é menos ser humano que um que tenha sete meses; e este que o recém-nascido.”; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2006) – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, pp. 74-75. Em sentido convergente: “Éticamente, um embrião é uma pessoa. Desde o momento da conceção traz consigo, totalmente demarcados em seus genes e cromossomas, as caracterizações de individualidade que o tornam um ser humano único e irrepetível.”; ASCENSÃO, José de Oliveira (2000) – **Direito Civil. Teoria Geral**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 54.

²⁸² ALMEIDA, Filipe (2008) – A criança nascida de PMA – o direito do mais fraco. In **Bioética e Vulnerabilidade**. (Coord. Ana Sofia Carvalho), Coimbra: Almedina, p. 87.

²⁸³ Um dos princípios dimanados da Declaração de Barcelona, que enfatiza, emblematicamente, a pessoa humana, é precisamente o da Vulnerabilidade, tal como explicitado neste trecho: “[...] sustenta as noções de dependência e de fragilidade, exprimindo a ideia de que toda a vida pode ser «ofendida, vexada e ferida de morte». Este princípio reclama a minha superior preocupação para com o ser humano mais fraco, para com o mais ameaçado na sua autonomia, na sua dignidade e na sua integridade.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 89.

²⁸⁴ Com efeito: “A gestação de substituição parece ignorar a importância da vida intra-uterina sobre a identidade física e psicológica do nascituro. Transforma a gestação num mero serviço fisiológico que a gestante, ainda que bem-intencionada, presta a outrem e converte o nascituro num objeto de satisfação de um desejo ou de um reivindicado direito.”; Declaração Conjunta sobre o Parecer n.º 63 do Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, **Op. Cit.**, p. 5.

²⁸⁵ Deste modo, assisto à “[...] conversão do legítimo desejo de um filho, enquanto coincidente na sua dimensão biológica com o projeto afetivo, num ilegítimo direito a um filho que, enquanto tal, seria reduzido na sua identidade a um mero objeto ou bem cuja a posse seria suscetível de ser reclamada como direito por outrem.”; NEVES, M. Patrão (2009) – Mudam-se os tempos, manda à vontade. O desejo e o direito a ter um filho. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina, p. 137.

a um filho e, embora na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto no seu art.º 3º n.º 1 seja proclamado que: *As técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição, devem respeitar a dignidade humana de todas as pessoas envolvidas*, o certo é que, entendendo, esta proclamação do princípio não tem em conta, em concreto e casuisticamente, desde logo a dignidade da mulher gestante e tampouco do nascituro e da criança que vai ser afastada da mãe de substituição e essa situação de abandono não é, afinal, tida em conta pelo legislador, visto que não teve em conta repercussões, cada vez mais estudadas, designadamente pela psicologia do desenvolvimento²⁸⁶. O facto de o contrato de gestação não levar suficientemente em conta essa relação de afeição profundíssima que, naturalmente, o processo de gestação promove, ou seja, de uma relação forte entre a gestante e o ser que vai crescendo dentro dela, é bem revelador, creio, da artificialidade de todo o processo que pauta a maternidade de substituição. Daí que convirja com este meu ponto de vista a seguinte situação (e que, não tenhamos dúvidas, acabará por ser crescentemente frequente com a aplicação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto que, tibiamente, começa a dar os seus primeiros passos): aquela em que, uma vez nascida a criança, a mãe portadora se recusa em entregá-la à mãe destinatária. Evoco Freud que considera o bebé movido por pulsões de natureza sexual, sendo na relação com a mãe, sobretudo centrada na amamentação, que é outra questão em aberto dado que a mãe portadora poderá ser eximida a esta relação de proximidade com o bebé que através dela satisfaz as suas necessidades fisiológicas e emocionais, no sentido em que, segundo Freud, a estruturação da personalidade se entabula no que denomina como o estágio oral, onde a forma como este período é vivido com a relação com a mãe marcará muitas características da personalidade. Por sua vez, Erikson descreve a primeira idade como aquela em que se cria um elo de confiança face aos outros e ao mundo sendo a relação com a mãe decisiva no desenvolvimento desse importante sentimento de confiança. Tais relações da díade mãe-bebé assume grandes repercussões no plano afetivo e emocional, até porque a mãe surge como primeiro agente de socialização; a pessoa com quem a criança estabelece uma relação privilegiada. Entre as

²⁸⁶ Tais como: “Cada vez se conhecem melhor os intercâmbios entre a mãe gestante e o feto e a importância desse intercâmbio para o salutar desenvolvimento físico, psicológico e afetivo deste. Esse intercâmbio chega a ter uma dimensão genética e ajuda a construir a própria identidade da criança. Esta não poderá experimentar a segurança de reconhecer, depois do nascimento, o odor, o calor, o tom de voz e os batimentos cardíacos da mãe, em cujo o corpo habitou durante vários meses. Por outro lado, quando vier a saber que foi objeto de um contrato há de sofrer com isso.”; PATTO, Pedro Vaz (2011) – Maternidade de Substituição – Um retrocesso social. In **Brotéria Cristianismo e Cultura**. Vol. 172, p. 39.

investigações mais relevantes acerca da relação precoce mãe-bebé, salientamos a perspectiva de René Spitz que observou e estudou crianças que viviam, desde os primeiros meses de vida, em orfanatos, tendo constatado que estas crianças manifestavam grandes dificuldades no relacionamento interpessoal, utilizando o termo *hospitalismo* para designar a depressão vivida por estas crianças. Por outro lado, Anna Freud realizou observações em infantários criados no tempo da guerra para albergar crianças cujas mães tinham de trabalhar e cujos os pais estavam no exército, verificando que estas crianças apresentavam atrasos no desenvolvimento e perturbações emotivas. Outro autor fundamental para esta questão é John Bowlby que considerou que o bebé apresenta uma necessidade específica de contato, de aconchego, de apego, que designou por *vinculação* e a sua origem era biológica, inata e não apreendida. Por sua vez, Harry Harlow desenvolveu experiências com macacos criados com mães artificiais: uma feita de arame com alimento e outra felpuda, verificando que os macacos bebés permaneciam a maior parte do tempo junto desta última com que estabeleciam um vínculo afetivo. O que nos aportam estas e outras investigações é que o bebé carece do estabelecimento de laços privilegiados, relações de vinculação com a mãe enquanto pessoa mais próxima e que o próprio desenvolvimento terá a marca da qualidade afetiva dos primeiros tempos de vida. Ainda sobre a ligação emocional que se estabelece durante a gestação importa ter em conta que, aquando dos projetos até a publicação da Lei, o PCP votou contra a proposta em discussão²⁸⁷. Além disso, a influência do meio faz-se sentir desde o momento da conceção: o meio intrauterino, as condições psicológicas da mãe, exercem muito precocemente um papel relevante no próprio desenvolvimento do feto e são inúmeras as investigações que atestam dos efeitos negativos de uma má alimentação, da ingestão de bebidas alcoólicas ou substâncias tóxicas pela mãe. Ora estes dados científicos são, de algum modo, negligenciados no art.º 8º n.º 11 (primeira parte) da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto que estabelece que: *o contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamento à gestante de substituição, nem impor normas que atentem aos seus direitos, liberdade e dignidade*. Insistindo ainda na questão do reivindicado direito a ter um filho, acrescento que o serviço fisiológico prestado pela mãe portadora,

²⁸⁷ Com a seguinte fundamentação da declaração de voto: “[...] suportar uma gravidez durante nove meses é algo que conduz a enormes transformações na mulher e no seu corpo, e que se tecem ligações afetivas e emocionais da gravida com o ser que esta a gerar. Na verdade, seria profundamente errado considerar que, pelo facto de uma mulher aceder a ter uma gestação de substituição, é como se nada tivesse ocorrido no que a gravidez tem de biológico, psicológico e afetivo [...] A qualquer momento pode ocorrer o incumprimento do contrato.”; In: <http://pcp.pt/projeto-de-lei-gestacao-de-substituicao> .Consultado em 2 de novembro de 2017.

gerando um filho para outrem, somente do ângulo do princípio da autonomia é passível de ser enquadrado, ou seja, quando o acento tónico é posto na vontade livremente expressa dessa mãe substituta²⁸⁸. Ora, firmar a centralidade exclusivamente nesse princípio da autonomia acarreta um desvio do enfoque posto na doença da mulher beneficiária e do seu tratamento para os seus interesses e o das candidatas a mães substitutas como pessoas dotadas de vontade própria e de poderes de escolha, no entanto privadas de um qualquer projeto parental. Mais acrescento que, neste caso, nem sequer é possível invocar a denominada liberdade reprodutiva, porquanto esta encontra-se condicionada, dependentemente da coartação da liberdade da mãe portadora ou então essa liberdade, que é concretizada no contrato de gestação, será sempre um meio para a realização da «liberdade» de outrem, na linha de uma perversão²⁸⁹ e que já assoma na chamada PMA heteróloga e que, na maternidade de substituição atinge o seu ponto máximo e, a meu ver, inaceitável. Além disso, esse reivindicado direito a um filho incide sobre um corpo alheio – sendo aqui discutível que se trate de um direito negativo, de não ingerência – (o útero de outra mulher que não a que aspira a ser mãe) e sobre o do nascituro e da criança gerada como um bem a que se segue, por assim dizer, um apossamento²⁹⁰. Assim sendo, são desrespeitados quer a dignidade da mãe portadora, quer o superior interesse do nascituro e da criança, sendo ambos instrumentalizados para a realização de fins que lhes são extrínsecos e, por este motivo, a mãe de substituição e criança são, por via deste processo da maternidade de substituição, manipuladas e despojadas da sua dignidade inviolável como seres humanos, em violação clara do art.º 1º da CRP.

²⁸⁸ E, nessa medida, sucede uma “[...] preponderância deste princípio ético em relação a outros, numa clara assunção de um sistema liberal de valores de pendor libertário.”; NEVES, Maria do Céu Patrão (2008) – Mudam-se os tempos, manda à vontade. Desejo e o direito a ter um filho. In **Bioética e Vulnerabilidade**, **Op. Cit.**, p. 52. Esclareço que a autora se refere ao recurso à doação de gâmetas para a produção de um novo ser, mas que, pensamos, pode a consideração que tece ser, *nutatis mutandis* (e até de uma maneira mais censurável, dada a instrumentalização do corpo da mãe portadora) transponível para o processo da maternidade e substituição.

²⁸⁹ Sobre esta questão da liberdade reprodutiva, em sede da PMA heteróloga, esta “[...] vê-se hoje pervertida numa reivindicação no direito a ter filhos e de opção quanto às modalidades disponíveis para os gerar, agora no âmbito do controlo sobre a infertilidade.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 53.

²⁹⁰ Por essa razão concordo que estamos diante de um desrespeito pelo princípio da subsidiariedade, nos seguintes termos: “[...] na medida em que a ação médica não visa a restauração da capacidade reprodutiva, absolutamente inexistente ou rigorosamente não utilizada, mas antes produzi-la onde está ausente ou tão simplesmente não exercitada. Para além da instrumentalidade do novo ser em gestação e das condições adversas a que a sua vida é intencionalmente sujeita, acresce ainda a instrumentalização da mulher-gestante, reduzida agora a incubadora.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 55.

CAPÍTULO 7: ARGUMENTALIA- REVISÃO CRÍTICA DA ARGUMENTAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À LEI DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E DOS SEUS EFEITOS NA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

7.1. Nota prévia

Serve esta nota prévia para dar conta que, aquando da minha decisão de escolher como problemática para esta dissertação a Maternidade de Substituição, não poderia prever quando é que o Tribunal Constitucional se iria pronunciar acerca do requerimento de um grupo de 30 deputados à Assembleia da República que pedia a fiscalização sucessiva da constitucionalidade de algumas das normas insertas na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto. Evoco que esse pedido já foi abordado por mim *supra*, conquanto tenha surgido em 7 de maio de 2018 o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, processo n.º 95/17 (relator: Conselheiro Pedro Machete)²⁹¹. Assim sendo, encaro este capítulo como eminentemente complementar, se bem que não poderia deixar de o incluir neste meu trabalho de investigação, dada a sua relevância no que a esta matéria diz respeito e ao regime atual da Gestação de Substituição no ordenamento jurídico português, além do que, no essencial, o acórdão veio dar razão a grande parte dos argumentos por mim aduzidos em desfavor da Lei da Gestação de Substituição, em virtude dos problemas que a mesma encerra a diversos níveis, como tive a oportunidade de explicitar, mas também – como atesta este acórdão do Tribunal Constitucional – a nível constitucional.

7.2. Análise do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio de 2018

O que estava em causa para a apreciação pelo Tribunal Constitucional remetia para o requerimento de um grupo de 30 deputados à Assembleia da República que veio requerer a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de alguns dos

²⁹¹ Disponível em [em linha]: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Consultado em 9 de maio de 2018.

preceitos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho e n.º 25/2016, de 22 de agosto. Os preceitos em causa eram os seguintes:

- **Art.º 8, n.ºs 1 a 12**, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana (tal como plasmado nos artigos 1º e 67º n.º 2 alínea e) da CRP), do dever do Estado de proteção da infância (art.º 69º n.º 1 da CRP), do princípio da igualdade (art.º 13º da CRP), e do princípio da proporcionalidade (art.º 18º n.º 2 da CRP) e, assim, das normas ou de parte das normas da LPMA atinentes à Gestaçã o de Substituiçã o (artigos 2º n.º 2, art.º 3º n.º 1, art.º 5º n.º 1, art.º 14º n.º 5 e 6, art.º 15º n.º 1 e 5, art.º 16º n.º 1, art.º 30º alínea p), art.º 34º, art.º 39º e art.º 44º n.º 1 alínea b);
- **Art.º 15º** relacionado com a confidencialidade, nos seus números 1 e 4, em conjugaçã o com o art.º 10º n.º 1 e 2 e art.º 19º n.º 1, por violaçã o dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (vertido no art.º 26º n.º 1 e 3 da CRP), do princípio da dignidade da pessoa humana (consignado nos artigos 1º e 67º n.º 2 alínea e) da CRP), do princípio da igualdade (art.º 13º da CRP) e do princípio da proporcionalidade (art.º 18º n.º 2 da CRP);
- **Art.º 20º** acerca da determinaçã o da parentalidade, no seu n.º 3, por violaçã o dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art.º 26º n.º 1 e 3 da CRP), do princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1º e 67º n.º 2 alínea e) da CRP), do princípio da igualdade (art.º 13º da CRP) e do princípio da proporcionalidade (art.º 18º n.º 2 da CRP).

O acórdã o do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio veio, em síntese, declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das seguintes normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho:

- Dos n.ºs 4, 10 e 11 do art.º 8º e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do art.º 8º, na parte em que admitem a celebraçã o de negócios de gestaçã o de substituiçã o a título excecional e mediante autorizaçã o prévia;
- Do n.º 8 do art.º 8, em conjugaçã o com o n.º 5 do art.º 14º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogaçã o do consentimento da gestante de substituiçã o até à entrega da crianç a aos beneficiários e, portanto, também do n.º 7 do art.º 8º;
- Do n.º 12 do art.º 8º, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigaçã o de sigilo absoluto em relaçã o às pessoas nascidas fruto do processo

de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, inclusive nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto mencionados no pedido²⁹².

Ainda assim, o Tribunal Constitucional determinou que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicassem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida, em execução dos quais já hajam sido iniciados os processos terapêuticos de PMA referida no art.º 14º n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Uma das questões analisadas pelo Tribunal Constitucional foi a Gestação de Substituição tendo em vista o art.º 8º da Lei n.º 25/2016 e a explanação do modelo português de gestação de substituição, no qual esta se tornaria um instituto jurídico *a se*, mesmo que seja dotada de um carácter subsidiário excecional, mas que assume uma natureza meramente gestacional, pressupondo o consentimento autónomo dos interessados com vista a garantir o seu carácter voluntário e ainda devendo ser formalizada mediante um contrato a título gratuito, o qual deve ser previamente autorizado pelo CNPMA: “E é este o perfil do que se pode designar-se por *modelo português de gestação de substituição*.”²⁹³. É em torno deste modelo português de gestação de substituição que o Tribunal Constitucional analisa de que modo ele atinge ou não a dignidade da pessoa humana, até porque um dos parâmetros convocados para o controlo da constitucionalidade do art.º 8º da LPMA é, justamente, a dignidade da pessoa humana, tal como plasmada nos artigos 1º e 67º n.º 2 alínea e) da CRP. Isto porque, os requerentes entendem que a gestação de substituição se traduz numa intolerável *mercantilização do ser humano*, tanto no que concerne à gestante, em virtude de o seu corpo se tornar um mero objeto ao serviço dos beneficiários, como no que, respeita à criança, que, desde antes do nascimento, se torna objeto de um negócio jurídico. O Tribunal Constitucional veio, no entanto, no presente aresto considerar que os negócios jurídicos legalmente previstos cujo objeto é a utilização temporária do corpo de um ser humano (a gestante) com vista a gerar outro (a criança a nascer através desta modalidade de procriação) não são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Este entendimento – com o qual não concordo – do Tribunal Constitucional sustenta-se na

²⁹² Disponível em [em linha]: www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nie=903&tabela=leis. Consultado em 11 de maio de 2018.

²⁹³ In Ac. 225/2018 do Tribunal Constitucional, p. 13.

chamada *fórmula do objeto* de Gunter Durig, ou seja, “a dignidade humana é atingida quando o ser humano em concreto é degradado a um objeto, a um simples meio, a uma realidade substituível”²⁹⁴. Ora, em linguagem kantiana, esta mesma fórmula permite induzir que só existe uma violação da dimensão intrínseca da dignidade humana quando a pessoa tem um preço (um valor de troca) e não uma dignidade (como fim em si mesma). Deste modo, o Tribunal Constitucional considerou que a gestação de substituição não acarreta uma *coisificação* ou uma *instrumentalização* da gestante, ao arrepio do entendimento de Paulo Otero e a que já fiz referência bastante *supra*. Mais acrescenta este aresto que sendo admitido que o consentimento em causa, desde que seja temporário e não irremediavelmente lesivo da autodeterminação futura do sujeito, configura, ele mesmo, uma modalidade legítima de afirmação da dignidade humana. Portanto, o TC não aceita o entendimento segundo o qual a mãe gestante devém uma simples incubadora ao serviço dos beneficiários num processo de instrumentalização lesiva da sua dignidade, ao contrário do que defendi ao longo deste estudo, porquanto, ocorre, do meu ponto de vista, uma inevitável instrumentalização da mulher. E não só da mulher gestante, mas inclusive da criança que irá nascer, uma vez que esta tenderá a ser transformada num objeto dos direitos dos adultos, deixando a criança de ser – como lemos na Declaração de voto de Maria de Fátima Mata-Mouros – dotada de objetiva dignidade ontológica: “A análise moldada sobre o modelo do indivíduo adulto e livre deixa de fora as crianças, precisamente quem mais carece de proteção no âmbito da aplicação da procriação através de gestação de substituição.”²⁹⁵. Ainda na sua argumentação sobre a perspetiva da gestante, o TC traz à colação a ideia segundo a qual não se pode escamotear a motivação principal da intervenção da gestante, que dá resposta a um gesto de altruísmo e de solidariedade, aceitando voluntariamente participar no projeto, concluindo que, por tais razões, “a gestante de substituição atua um projeto de vida próprio e exprime no mesmo a sua personalidade” e ainda que “a sua gravidez e o parto subsequente são tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente de um ato de doação ou

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 21.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 57. Do mesmo modo, concordo com Maria de Fátima Mata-Mouros, relativamente à quebra da ligação entre mãe e filho que se inicia no útero, aspeto a que o TC neste seu aresto não foi suficientemente sensível. “A gestação de substituição quebra intencionalmente a ligação entre mãe e filho que começa no útero, ainda antes do nascimento, moldando o significado do ato de gerar e o valor pessoal dos papéis geradores, aos quais é confiada a construção da identidade pessoal do ser humano. Sendo um dado inquestionável que a dignidade é um valor reconhecido em cada pessoa, em si mesma, na sua consideração não é possível ignorar a sua relação com o outro. No processo de procriação este elemento relacional entre dois seres adquire densidade exponencial” (da Declaração de voto de Maria de Fátima Mata-Mouros, p. 57).

entrega, que, a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais, a eleva. E eleva-a igualmente perante aqueles que são por ela ajudados.”²⁹⁶. É, pois, com base nesses argumentos que o aresto considera que inexistente uma degradação da dignidade da gestante, isto é, que a dignidade humana da gestante de substituição não é violada. Ao invés, a sua participação neste processo configura uma afirmação de uma liberdade ativa fundada nessa mesma dignidade. A este propósito, o aresto convoca o acórdão n.º 101/2009 do TC²⁹⁷, precisamente para concluir que o regime consagrado no art.º 8º da LPMA patenteia uma preocupação em proteger a liberdade de ação da gestante de substituição, enquanto indispensável à garantia da sua dignidade: “Na verdade, *se e na medida* em que a gestante intervém em todo o processo de gestação de substituição, no exercício da sua autonomia, tal dignidade não é afetada.”²⁹⁸.

Do meu ponto de vista, julgo que é possível detetar algum grau de incoerência nesta argumentação do TC, porquanto considera, por um lado que o regime previsto no art.º 8º da LPMA não viola a dignidade humana da gestante, todavia considera, por outro lado, que deveria estar consagrada a revogabilidade do consentimento, o que colide, afinal, com a tal vontade livre e esclarecida da gestante na qual o aresto se baseia para defender que inexistente degradação da pessoa humana da gestante. Além disso, tal como defendi ao longo deste estudo, também existe violação da dignidade humana da gestante quando o art.º 8º n.º 1 da LPMA, define a gestação de substituição como a situação em que a mulher se disponibiliza a suportar uma gravidez por conta de outrem e a proceder à entrega da criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres específicos da maternidade. Além disso o n.º 7 do art.º 8º da LPMA – *a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários* – acarreta um desrespeito intolerável pelos direitos fundamentais constitutivos, defendendo, da dimensão da dignidade humana e nomeadamente do disposto n.º 5 do art.º 36º da CRP, o qual preceitua que *os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos* (sublinhado meu) e ainda o direito fundamental plasmado no n.º 6 do art.º 36º da CRP, determinando que: *os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não*

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 24.

²⁹⁷ Nesse acórdão n.º 101/2009 do TC, sobre a opção legal de não incriminar a maternidade de substituição gratuita lemos que : “ A maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável [do que a onerosa][embora esta formulação aponte, creio, para um certo grau de censurabilidade mesmo nos casos de maternidade de substituição gratuita] por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio da fixação de «preço», como sucede nas situações de maternidade onerosa.”; *ibidem*, p. 25.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 25.

cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. Por conseguinte, este aresto sob análise não se revela sensível à minha argumentação, segundo a qual a quebra do laço, do vínculo, entre a gestação, o parto e a mãe, leva a que tenhamos a possibilidade, ao meu ver efetiva, de um colapso do sentido de filiação e de maternidade. Deste modo, o TC, na minha perspetiva, deveria ter considerado que existe, de facto e de direito, uma violação da dignidade humana da gestante, porquanto esta acaba por ser reduzida à condição de genitora, prestando um simples serviço destituído de qualquer relação pessoal e, assim, pondo em causa a ideia simbólica que reconhecemos à maternidade, “enquanto matriz civilizacional, com consequências inevitáveis ao nível de representação das relações mãe/filho e vice-versa.”²⁹⁹. Tal como defendo, o problema da constitucionalidade do art.º 8º da LPMA não deveria ficar restringido à questão da revogabilidade do consentimento mas, *ab initio*, a própria previsão que admite a possibilidade de a gestante se dispor a suportar uma gravidez de que outros beneficiarão e a entregar a criança que gerou no seu ventre após o parto, pois, obrigá-la a renunciar aos poderes e deveres típicos da maternidade colide com a sua dignidade e evidencia que ocorre, precisamente – e ao contrário do que defende este aresto – uma instrumentalização da mãe de substituição e que é reforçada pelos próprios beneficiários da criança que gera, na medida em que estes só se dispõem a contratar com a gestante com base na renúncia desta à maternidade. Discordo, por conseguinte, com esta análise do acórdão sobre a questão da dignidade da gestante de substituição, pois este conforma-se com a impossibilidade de a gestante assumir um projeto parental próprio e, nessa medida, também se conforma inevitavelmente com a instrumentalização do corpo da gestante para permitir a concretização do projeto parental de outrem³⁰⁰. Deste modo,

²⁹⁹ Da declaração de voto de Maria de Fátima Mata-Mouros, *ibidem*, p. 59. Daí que concorde com a seguinte perspetiva, a que este aresto não atendeu: “A dissociação e fragmentação da maternidade implicada na gestação de substituição coloca problemas de compatibilidade com o seu valor social eminente que, nos termos da Constituição, deve merecer a «proteção da sociedade e do Estado» (art.º 68º n.º 2).”, *ibidem*, p. 59.

³⁰⁰ Eis a argumentação expendida no aresto: “Para haver gestação de substituição de acordo com as disposições da LPMA, os beneficiários têm de querer ser pais e a gestante tem de querer que os beneficiários sejam pais. E, por isso mesmo, ao aceitar colaborar ativamente com os beneficiários, a gestante, apesar de se submeter a técnicas de PMA, não assume um projeto parental próprio – ser mãe da criança que vier a dar à luz -, visando antes possibilitar a concretização do projeto parental daqueles. Nessa exata medida, este *projeto parental*, sem deixar de ser próprio dos beneficiários [e aqui deteto uma certa incoerência na estrutura argumentativa adotada], é também *partilhado* pela gestante: os beneficiários e a gestante querem *todos* que os primeiros tenham uma criança que seja sua filha, não obstante ter sido dada à luz pela segunda (art.º 8º, n.ºs 1 e 7 da LPMA). E é com base nesta convergência de vontades – *rectius* e reconhecendo a sobredita convergência de vontades no pressuposto de a mesma ser válida e eficaz – que a Lei prevê um regime especial de estabelecimento da filiação que afasta a regra geral do art.º 1796º n.º 1 do Código Civil.”; *ibidem*, p. 22.

este acórdão afasta-se de posições doutrinárias tais como a de Paulo Otero, João Loureiro ou de Estrela Chaby, que defendem que a gestação de substituição atenta contra a dignidade da gestante recorrendo ao argumento da instrumentalização da gestante de substituição, instrumentalização do seu corpo durante a plenitude do tempo que dura a gestação. Ao invés de tais posições, o acórdão prefere enfatizar o papel ativo da gestante e defender que não é toda a vida da gestante que é instrumentalizada e, mais uma vez aqui, constato alguma incoerência, porquanto subjacente a esta formulação, está que, pelo menos, uma parte da sua vida é instrumentalizada, algo a que aresto não foi sensível³⁰¹. No que concerne à questão da dignidade da criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição, os requerentes questionavam o facto de, desde antes do nascimento, a criança ser um objeto de um negócio jurídico, havendo, assim, uma coisificação da criança³⁰². Tal como defendi neste estudo entender a criança como sendo destinada a ser posteriormente entregue a outrem, traduz uma instrumentalização da criança, que se torna num objeto de um acordo celebrado entre adultos. Apoiei esta minha perspetiva nomeadamente em Paulo Otero, mas também em Maria Patrão Neves. Contudo, o entendimento do TC neste acórdão é diverso da ideia que defendi, uma vez que vem considerar que o recurso à gestação de substituição para materializar um projeto parental, só por si, não viola a dignidade da criança nascida em virtude de tal modalidade de reprodução. Ora, ao contrário do que enfatizei, *supra*, como um dos argumentos-chave para discordar da maternidade de substituição foi, justamente, a quebra do laço entre a criança e a sua gestante aquando do parto. Assim, não entende o TC, ao defender a ideia segundo a qual apenas se poderia mencionar uma afetação da criança na sua dignidade se a gestação de substituição implicasse, por si só, uma necessária afetação negativa da criança com compromisso do seu desenvolvimento integral no contexto de um ambiente familiar normal, invocando, para tal, o art.º 69º n.ºs 1 e 2 da CRP³⁰³. Creio que o TC deveria ter sido sensível ao facto de o contrato da gestação de substituição consubstanciar

³⁰¹ “Em suma, o legislador, ao modelar o regime da gestação de substituição, não ignorou a necessidade de salvaguarda da dignidade da pessoa humana referida no art.º 67º n.º 2 alínea e), da Constituição, tendo criado para o efeito um procedimento específico e previsto num quadro organizatório próprio. Um e outro não se mostram desadequados nem insuficientes para proteger eficazmente a liberdade e o esclarecimento da gestante, pelo menos, no momento em que esta contrata com os beneficiários e inicia os processos terapêuticos de PMA.”; *ibidem*, p. 26.

³⁰² “Sustentam os requerentes, com efeito, que a criança que vier a nascer é tratada como «um produto final que pode acabar por ser rejeitado por todos ou, pelo contrário, querido por todos», sem que seja dada resposta satisfatória a problemas fundamentais para os seus interesses (por exemplo, o impacto da quebra da ligação estabelecida durante a gestação ou a salvaguarda do superior interesse da criança em situações de conflito entre a gestante e os beneficiários, antes ou depois do nascimento).”; *ibidem*, p. 26.

³⁰³ *Ibidem*, p. 28.

um corte com o vínculo biológico e afetivo que é, inevitavelmente, estabelecido durante o desenvolvimento intrauterino da criança, até porque a ciência e nomeadamente a psicologia do desenvolvimento têm apresentado evidências empíricas que comprovam essa importância da vinculação para o recém-nascido e com impacto no seu processo de crescimento e de realização bio-psico-social³⁰⁴. A este respeito refiro Karin Grossmann e Klaus Grossmann³⁰⁵, cujo entendimento da vinculação é de que se trata de uma *propensão*

³⁰⁴ A posição sufragada nesta decisão do TC, não deixa, contudo, de dar relevância a esta perspetiva sobre os impactos do afastamento da criança da “mãe” que a gerou no seu ventre e que o deixa de ser após o parto: “No que se refere ao impacto negativo no desenvolvimento da criança que foi separada da mulher que deu à luz, verifica-se inexistirem certezas, seguras e determinadas ou definitivas; os dados científicos apontam, isso sim, para um impacto positivo da manutenção de tal ligação após o nascimento [aqui, o Tribunal Constitucional não atendeu à ligação que se gera mesmo antes do nascimento, o que é, do meu ponto de vista, criticável]. E, de todo o modo, também não se exclui que eventuais impactos negativos [e nesta formulação infiro que eles existem] não possam ser compensados por uma experiência de parentalidades mais intensa, porque muito desejada e alcançada após a superação de enorme sofrimento.”; *ibidem*, p. 29. Além disso, o TC não tem minimamente em conta o sofrimento que causa na gestante o ter de entregar a criança logo após o parto, algo que comprova quando o aresto afirma que: “Do lado dos pais intencionais e da gestante, não pode ignorar-se a já mencionada relevância constitucional positiva da gestação de substituição, enquanto modo de viabilização de direitos fundamentais dos beneficiários e enquanto expressão possível da autonomia pessoal da gestante”; *ibidem*. Embora seja a gestante que fica numa posição de maior vulnerabilidade ao ter de entregar a criança aos pais beneficiários. Além disso, o próprio CNECV, no seu Parecer 87 levantou sérias dúvidas sobre se será aceitável que a Lei determine o cumprimento de um contrato que configura um corte com o vínculo biológico e afetivo consolidado ao longo do desenvolvimento intrauterino da criança, chamando a atenção para o facto de que a manutenção e o aperfeiçoamento dessa vinculação já mereceram demonstração da ciência como sendo benéfica para o recém-nascido. Aquilo que defendi neste estudo foi que a gestação de substituição reduz a mulher gestante a simples incubadora e não atende aos laços afetivos e psicológicos que se estabelecem entre o feto e a mulher grávida e, também este aresto, acaba por desvalorizar o período de gravidez, o que, assim defendo, viola a dignidade da mulher e mesmo a dignidade da criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição. Evoco que em 2015 também o Parlamento Europeu condenou a prática da gestação de substituição, ao considerar que esta atenta contra a dignidade humana da mulher e, ademais, não tem em devida consideração o superior interesse da criança, até porque criança e gestante constituem as partes mais frágeis pelo que se exigiria uma espécie de princípio da precaução a que o TC deveria ter sido sensível, o que não ocorreu, com a seguinte justificação e com apoio doutrinal em Vera Lúcia Raposo: “Ora, o apelo implícito ao princípio da precaução e à ponderação dos aspetos benéficos da vinculação precoce mãe-nascituro *exclui a certeza sobre o malefício de uma rotura* e, portanto, também a pertinência de um argumento jurídico fundado apenas na dignidade da criança. Nesse sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, por exemplo, desvaloriza os riscos de uma eventual perturbação psicológica para a criança que esta técnica provoca, notando que a criança gerada com recurso à gestação de substituição poderá ter a certeza de ter sido muito desejada pelos beneficiários, forçados a ultrapassar as suas próprias limitações fisiológicas e biológicas para a trazer ao mundo, pelo que nunca padecerá do trauma dos filhos «acidentais»”; *ibidem*, p. 28. Não obstante é preciso ter em conta que o art.º 8º n.º da LPMA faz referência expressa à renúncia *aos poderes e deveres próprios da maternidade*, em conjugação com a previsão do n.º 7 desse mesmo art.º 8º, determinando que a criança gerada não é tida como filha da gestante, mas outrossim como filha dos beneficiários do contrato de gestação de substituição. Ora, tal consequência jurídica assenta no pressuposto da validade e eficácia do consentimento das partes (art.º 8 da LPMA) e nomeadamente o consentimento da gestante que tem de querer que a criança que se desenvolve no seu ventre não será sua filha, o que faz com que a gestante aceite não ser mãe da criança cuja a gravidez e parto deve suportar. Portanto, este aresto põe a tónica na escolha da gestante que atua uma forma de liberdade negativa de constituir família e de ter filhos, significando, assim, uma renúncia prévia *aos poderes e deveres próprios da maternidade*.

³⁰⁵ GROSSMANN, K. E., e GROSSMANN, K. (2005) – Universality of human social attachment as an adaptive process. In: **C.S. Carter, L. Ahnert, K.E. Grossmann, S.B. Hrdy, M.E. Lamb, S.W. Porges, and N. Sachser (Eds.). Attachment and bonding: A new synthesis.** Dahlem Workshop Report 92 (pp.199-229). Cambridge; MA: The MIT Press.

filogeneticamente programada. Também segundo Gabriela Portugal³⁰⁶, os bebés conseguem identificar a figura materna praticamente desde que nascem, salientando a existência de estudos que atestam que o bebé gosta de escutar a voz da mãe e além disso o próprio odor tem um papel essencial nesta relação de vinculação e John Bowlby³⁰⁷, defende que a ligação desenvolvida com a figura de vinculação não pode ser substituída por outra. Daí que concorde com a argumentação dos requerentes quando consideram existir uma precária tutela do interesse da criança nascida, justamente devido ao rompimento da ligação com a gestante após o parto³⁰⁸ e mais ainda, acrescento, a ignorância sobre o que pensam, sentem ou desejam as crianças originadas por esta modalidade reprodutiva, quando conhecem a sua história biológica e quem foi a sua gestante. Além disso, a Lei deveria contemplar aquilo que Miguel Oliveira da Silva denomina de *Follow Up da grávida após o parto*³⁰⁹. O acórdão não deixa de detetar insuficiências na LPMA no que concerne à proteção da criança, considerando que não existe suficiência e determinabilidade no regime legal estabelecido relativamente ao contrato de gestação de substituição³¹⁰, porém, decidiu que a consagração da gestação de substituição no art.º 8º da LPMA, por si só, não viola o dever de proteção da infância³¹¹. O aresto incide também sobre a questão dos limites à livre revogabilidade do consentimento da gestante. O legislador garantiu que, até ao início dos processos terapêuticos de PMA, o regime do contrato não poderia fazer perigar as garantias legais conexas com a liberdade do consentimento, remetendo o acórdão para o disposto no art.º 14º n.º 4 da LPMA e ainda para o art.º 8º n.º 10. Refere ainda o aresto que o consentimento em causa tem não só como objeto a aplicação de uma técnica de PMA como também de

³⁰⁶ PORTUGAL, Gabriela (2003) – **Crianças, Famílias e Creches – Uma Abordagem Ecológica da Adaptação do bebé à Creche**. Porto: Porto Editora.

³⁰⁷ BOWLBY, John (1982) - **Formação e Rompimento dos Laços Afetivos**. São Paulo: Martins Fontes.

³⁰⁸ A declaração de voto de Gonçalo de Almeida Ribeiro, a este respeito, acompanha os argumentos da decisão do TC neste acórdão, considerando que: “a criança não é mais «coisificada» ou «instrumentalizada» na gestação de substituição do que o é na procriação através de relações sexuais, sempre que esta seja deliberada; e se há uma inevitável instrumentalização da procriação em função do desejo dos pais de terem uma criança, com ela se não confunde a instrumentalização da *própria pessoa* que virá a ser gerada, cuja dignidade e direitos são assegurados nos mesmos termos em que o são os de qualquer pessoa humana.”; *ibidem*, p. 63. Posição diversa assume Maria de Fátima Mata-Mouros na sua declaração de voto, na medida em que considera: “Na verdade, ao desfazer a ligação entre a gestação, o parto e a «mãe», a gestação de substituição traz em si implicada a fragmentação do sentido de filiação e maternidade.”; *ibidem*, p. 59.

³⁰⁹ SILVA, Miguel Oliveira da (2017) – **Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer. Para um debate de cidadãos**. Lisboa: Caminho, p. 163.

³¹⁰ “Suscitam-se, por isso, dúvidas, quanto ao respeito das exigências de segurança jurídica numa matéria tão importante como a da filiação atenta a invocabilidade a todo o tempo e por qualquer interessado da nulidade. Tais dúvidas estendem-se ainda à questão de saber se, e em que medida o interesse da criança nascida na sequência de uma gestação de substituição pode ser objeto de ponderação autónoma, em caso de nulidade do pertinente contrato, seja ele gratuito ou oneroso.”; *ibidem*, p. 32.

³¹¹ *Ibidem*, p. 30.

todo o processo gestacional e o próprio parto, conforme art.º 14º n.º 6 da LPMA³¹². Como bem refere o acórdão a aceitação do contrato de gestação de substituição por parte da gestante não configura uma garantia necessária à permanência do seu consentimento por todo o tempo da execução do contrato, até porque tal consentimento apenas pode ser revogado até ao início do processo terapêutico de PMA. Contudo, como referido no acórdão, a gestação constitui um processo *complexo, dinâmico e único*, porquanto é estabelecida uma relação entre a grávida e o feto, pelo que se torna questionável até que ponto é que esse consentimento prestado ainda antes da gravidez e até a entrega da criança aos beneficiários, é verdadeiramente informado face à totalidade inerente a todo esse processo. Com efeito, o consentimento, tal como consta na LPMA, não é bastante para todo o processo em causa, uma vez que pode ocorrer uma alteração posterior da vontade da gestante em decorrência de circunstâncias ocorridas durante a gestação ou o parto, situações essas não contempladas pelo consentimento previamente prestado e que, por essa razão, se revelam incompatíveis com a plena afirmação da personalidade da gestante³¹³. Daí que – sendo essa a perspetiva que defendi neste estudo – o aresto venha considerar a possibilidade de a gestante poder furtar-se ao projeto parental dos beneficiários, seja porque deseja realizar uma interrupção voluntária da gravidez, seja por desejar assumir um projeto parental próprio, ficando assim em causa a proibição de revogação do seu consentimento estatuída no art.º 14º n.º 4º da LPMA que, ao meu ver e também na decisão deste acórdão se afigura como ilegítima, desproporcionada ou excessiva, tendo em conta os interesses em causa. É sobre a gestante de substituição que fica patente a excessividade do sacrifício que implica o limite à revogação do consentimento, na medida em que degrada um direito fundamental da gestante de substituição. Desta forma, manifesto concordância com a argumentação expendida neste aresto no sentido de não diminuir a importância essencial da vontade da gestante³¹⁴.

³¹² “Deste modo, o consentimento dos beneficiários implica a *vontade positiva* de que o embrião criado com recurso ao seu material genético, implantado na gestante, desenvolvido por esta durante a gravidez e por ela dado à luz, seja tido como seu filho. Do mesmo modo, o consentimento da gestante traduz a *vontade positiva* de que a criança que vier a trazer no seu ventre e que vier a dar à luz não venha a ser sua filha, mas dos beneficiários.”; *ibidem*, p. 33.

³¹³ Concordo, pois, com o seguinte raciocínio presente neste aresto: “A pura e simples autovinculação *antes do início do processo* de gestação de substituição não permite acautelar suficientemente tal voluntariedade ao longo de todo o processo. Por outras palavras, a aludida revogabilidade corresponde a uma *garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante*, o qual constitui um alicerce fundamental do modelo português de gestação de substituição.” (Sublinhado meu); *ibidem*, p. 35.

³¹⁴ Ou seja: “O projeto parental em causa não assenta exclusivamente no desejo de parentalidade dos beneficiários; não menos essencial é a vontade da gestante de que os mesmos sejam pais da criança que esta vier a dar à luz. Os beneficiários e a gestante de substituição não podem, assim, deixar de estar cientes

Consequentemente, também estou de acordo com a necessidade imperiosa de uma vontade positiva atual por parte da gestante, pois, na sua ausência, então a sua participação *degrada-se em instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários*³¹⁵.

De facto e de direito, limitar a livre revogabilidade do consentimento torna-se um desproporcionado sacrifício dos direitos fundamentais da gestante, sendo a desproporção, como se lê no acórdão, manifesta. Em via disso, decide o TC que tal limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida como resultado das remissões dos artigos 8º n.º 8 e art.º 14º n.º 5 da LPMA, para o n.º 4 do art.º 14º, é inconstitucional, justamente por limitar desproporcionalmente o respetivo direito ao desenvolvimento da personalidade, perspetivado à luz do princípio fundamentalíssimo da dignidade da pessoa humana, em clara violação dos art.º 1º e 26º n.º 1 da CRP, em conjugação com o art.º 18º n.º 2 da CRP. Assim, considero que os juízes do TC decidiram e bem a inconstitucionalidade de impedir a gestante de substituição de poder revogar o contrato até à entrega da criança, justificando que tal restrição configura uma violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, entendido segundo princípio da dignidade da pessoa humana e ainda do direito a constituir família. Portanto, e bem, o Tribunal Constitucional veio considerar inconstitucional a não consagração na LPMA do direito ao arrependimento da mãe gestante, isto é, a impossibilidade de esta revogar o consentimento dado previamente para o procedimento terapêutico, de maneira a que possa ficar com a criança que gerou, depois do parto. Ademais, do meu ponto de vista, a restrição da livre revogabilidade do consentimento constitui uma ameaça ao princípio essencial da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, consagrado pelo Código Civil, nomeadamente no art.º 81º n.º 2, primeira parte: “*a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável.*”. Assim sendo, torna-se excessivo o sacrifício no seu direito de personalidade, caso a gestante tivesse de ficar amarrada ao consentimento prestado inicialmente, como igualmente seria excessivo retirar à criança a mãe de substituição logo que a criança nasça, o que faria pressupor que tal criança fosse propriedade dos beneficiários e, por conseguinte, haveria uma verdadeira execução específica, que – e bem – o TC considerou intolerável à luz da Constituição. Aliás, o aresto considera mesmo que o *momento crítico* é, precisamente, o do

de que o caráter *voluntário* das obrigações características do contrato de gestação de substituição é *essencial* ao respetivo cumprimento.”, *ibidem*, p. 36.

³¹⁵ “Daí a importância de acautelar a permanência de tal vontade ao longo de todo o processo, o que só é possível mediante a admissão da *livre revogabilidade* do consentimento da gestante até ao cumprimento integral de todas as obrigações essenciais do contrato de gestação de gestação.”; *ibidem*, pp. 36-37.

cumprimento da derradeira obrigação essencial do contrato, a saber: o da entrega da criança aos beneficiários. Uma outra questão escrutinada pelo TC diz respeito à violação do princípio da segurança jurídica, enquanto decorrente do princípio do Estado de Direito Democrático (art.º 2º da CRP). Com efeito, este aresto aponta – e do meu ponto de vista bem – a existência de uma insegurança jurídica relativa ao estatuto da pessoa gerada pelo regime da nulidade do contrato de gestação de substituição. Dito de outro modo: as crianças geradas no contexto destes contratos que venham a ser anulados *a posteriori* ficam impedidas de serem reconhecidas, do ponto de vista jurídico, enquanto filhos dos casais que recorreram à PMA e o mesmo sucedendo com tais crianças no que concerne ao reconhecimento da sua paternidade. Destaco que este ponto em concreto mereceu uma votação por unanimidade, tendo sido ainda criticado o facto de a Lei não distinguir de forma clara as causas invocadas para declarar a nulidade do contrato em função do tempo ou da sua gravidade, concluindo existir uma violação dos direitos da identidade pessoal e também do princípio da segurança jurídica³¹⁶. A favor da indeterminação da LPMA, argumenta o TC que tal Lei não outorga uma medida jurídica idónea para o estabelecimento de regras de conduta para os beneficiários e para a gestante de substituição, nem tampouco fixa orientações com densidade suficiente para delimitar a definição pelo CNPMA dos critérios de autorização prévia do contrato a celebrar entre os beneficiários e a gestante, o que, além disso, inviabiliza um controlo jurisdicional da sua legalidade. Como entende, corretamente, o TC o n.º 4, 10 e 11 do art.º 8 da LPMA encontram-se desprovidos dessa indispensável precisão ou determinabilidade e que concernem aos limites a estabelecer à autonomia das partes do contrato de gestação de substituição, bem como aos limites às restrições admissíveis dos comportamentos da gestante a estipular no mesmo contrato. Conclui, então, o aresto pela inconstitucionalidade de tais preceitos, justamente por violarem o princípio da determinabilidade da lei, ferindo o princípio do Estado de Direito Democrático bem como da reserva de lei parlamentar, conforme as disposições conjugadas dos art.º 2, art.º 18º n.º 2 e art.º 165º n.º 1 al. b) da CRP, tendo por referência os direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituição de família, quer da gestante quer dos beneficiários em

³¹⁶ Por isso mesmo, o aresto considera que: “aspectos essenciais da delimitação positiva e negativa da autonomia privada dos interessados em matéria de gestação de substituição – o que *deve* ser estipulado e o que *não pode* ser estipulado no contrato que tem por objeto a mesma -, em especial na medida em que respeitem às condições indispensáveis à autorização prévia do correspondente contrato, *devem* obrigatoriamente constar de Lei da Assembleia da República (art.º 165º n.º 1 alínea b) da CRP).”; *ibidem*, p. 41.

conformidade com os art.º 26º n.º 1 e art.º 36º n.º 1 da CRP³¹⁷. Tal como defendi neste estudo a regulação jurídica de uma matéria tão complexa como a da maternidade de substituição exige, como bem refere este acórdão, um elevado grau de precisão e de determinabilidade, caso contrário poderá criar situações não só complexas como também geradoras de insegurança jurídica, pois a segurança jurídica é decisiva nomeadamente para evitar conflitos e para prever a sua resolução caso tais conflitos ocorram. Em suma, o TC considerou corretamente que há uma falha na Lei na determinação dos limites designadamente da autonomia da gestante e dos beneficiários no contrato de gestação de substituição e ainda falha ao não determinar com clareza bastante o que pode ou não ser restringido no comportamento da mulher grávida. Igualmente a LPMA carece de clareza quanto à definição precisa da atuação das partes interessadas em celebrar tais contratos e essa mesma falha ocorre no respeitantes aos critérios de supervisão e de autorização administrativa indispensável para que o processo se inicie. É possível ainda acrescentar que, caso o contrato venha a ser revogado, a criança que nasce através desta modalidade reprodutiva fica impedida de ser reconhecida como filha do casal, o que, mais uma vez, como enfatiza o TC, é demonstrativo da insegurança jurídica relativamente à criança gerada pela gestação de substituição. Uma outra questão suscitada pelos requerentes no seu pedido concerne ao direito daqueles que nascem através dos processos de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, também, no caso de pessoas nascidas mediante o recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante. A questão é a de saber se deve ou não desaparecer a obrigação de sigilo tal como imposta pela Lei n.º 25/2016, art.º 15º n.º 1: *Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.* Para tomar a sua decisão, o TC

³¹⁷ “A declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas contidas naqueles preceitos que atribuem ao CNPMA os poderes administrativos formais necessários à legitimação do contrato de gestação de substituição, designadamente por via da respetiva autorização, legalmente exigida, prejudica necessariamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa *até que o legislador parlamentarr venha a estabelecer para os mesmos um regime constitucionalmente adequado.* Por isso, tal juízo de inconstitucionalidade estende-se consequencialmente às normas dos números 2 e 3 do art.º 8º da LPMA, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia. Com efeito, sendo a celebração daqueles negócios jurídicos possível tão-somente a título excecional e desde que previamente autorizados (n.º 2 e 3 do art.º 8º da LPMA), a falta de uma entidade com competência para os autorizar e, bem assim, a ausência de definição legal de critérios de autorização determina a sua inadmissibilidade.”; *ibidem*, p. 42.

indica o potencial conflito entre o fim do sigilo entre o direito a vida privada e o direito à identidade pessoal e ao conhecimento da origem genética. Aliás, o art.º 15º n.º 4 dessa mesma Lei, obriga a uma justificação do desejo de conhecimento, ficando a avaliação da sua relevância sujeita à discricionariedade judicial. Portanto, o que o TC tem de decidir é o seguinte: se declarar inconstitucional a obrigação de sigilo absoluto estipulada no n.º 1 do art.º 15º, então será eliminada a necessidade de uma apresentação de *razões ponderosas* para que o interessado possa ter acesso à identidade dos dadores, como prevista no n.º 4 do art.º 15º. Este aresto começa por considerar que não está em causa a questão do direito ao conhecimento das origens genéticas, uma vez que a lei proíbe que a criança seja gerada através dos gâmetas da mulher gestante, conforme o n.º 3 do art.º 8º da LPMA, restando saber se afeta ou não o direito à identidade pessoal na sua vertente de historicidade pessoal. O acórdão sob análise tem em conta uma tendência crescente no sentido de consagração do direito da pessoa a conhecer a sua história e a sua identidade, constituindo a origem biológica e genética uma parte relevante dessa mesma identidade³¹⁸. Em termos doutrinários – e igualmente utilizei estas referências bibliográficas ao longo deste meu estudo -, o acórdão refere Oliveira Ascensão que defende que cada um deveria poder conhecer de onde provém; Paulo Otero que sustenta que o direito à identidade pessoal engloba um direito à historicidade pessoal, o que implica o direito de cada ser humano a conhecer a forma como foi gerado e, de modo mais abrangente, o direito a conhecer o seu património genético; no mesmo sentido seguem Tiago Duarte, Guilherme de Oliveira, Rafael Vale e Reis, e Paula Martinho da Silva e Marta Costa e também J. Canotilho e Vital Moreira defendem que o direito à identidade pessoal abrange um direito à historicidade pessoal. Além disso, também os pareceres do CNECV defendem o direito ao conhecimento das origens genéticas. Este acórdão defende que: “O

³¹⁸ Dando conta dessa evolução social e jurídica, lemos no aresto: “Disso mesmo é exemplo a evolução de várias ordens jurídicas, no sentido de uma progressiva abertura à tutela do direito ao conhecimento das próprias origens, e até ao abandono, por completo, da regra do anonimato dos dadores.”; *ibidem*, p. 44. Essa mudança de paradigma também encontra respaldo bastante no Direito Internacional e, desde logo no art.º 7º n.º 1 e 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, onde está preceituado, justamente, o direito a conhecer as suas origens. Igualmente o art.º 8º n.º 1 da CEDH vai nesse mesmo sentido, “[...] uma vez que o TEDH tem considerado o direito ao conhecimento das origens genéticas como elemento integrante, e essencial, do direito ao respeito pela vida privada e familiar.”; *ibidem*, p. 45. O aresto evoca o acórdão do TEDH de 7 de julho de 1989, *Gaskin c. United Kingdom* (queixa n.º 10454/83), onde se pode ser que “Cada pessoa seja capaz de estabelecer os detalhes da sua identidade como ser humano e que, em princípio, não seja impedida pelas autoridades de obter informações básicas sem uma justificação válida, concluindo que os cidadãos têm um interesse vital, protegido pela Convenção, em receber toda a informação necessária para conhecer e *compreender* a sua infância e desenvolvimento.”; *ibidem*. Igualmente no Direito Comparado assiste-se a uma tendência para garantir o direito do conhecimento das origens genéticas como acontece na Alemanha, no Reino Unido, na Suíça, na Suécia ou na Noruega e Islândia.

conhecimento da identidade dos progenitores faz parte da historicidade pessoal e, portanto, da identidade própria e singular, pelo que a ninguém deve ser negado o acesso a esse conhecimento; à instância judicial cabe assegurá-lo, nunca avaliar da sua legitimidade.”³¹⁹. Aliás, este entendimento tem respaldo constitucional no art.º 26º n.º 1 da CRP. No que respeita, em especial, à gestação de substituição, se é certo que a gestante não é tida como mãe da criança que dá à luz (art.º 8º n.º 7 da LPMA) todavia é preciso ter em conta a natureza da relação intrauterina e a sua relevância constitutiva para a futura criança e mesmo, como defende e bem o TC, a mãe de substituição pode afigurar-se como *um ponto de referência relevante no itinerário biográfico* da criança nascida por este processo. Conclui este acórdão que é compreensível a pretensão de conhecer a identidade de quem suportou a gravidez e, conseqüentemente, a pretensão do conhecimento das origens genéticas³²⁰. Refiro, no entanto, que nem todos os juízes – como aconteceu com Maria Clara de Sottomayor - do TC concordaram com o fim do sigilo que, desde a LPMA, aprovada em 2006, protegia os dadores anónimos de esperma, ovócitos ou embriões e que, caso se mantivesse, também se aplicaria à gestação de substituição. Porém – e do meu ponto de vista bem – o acórdão decide pelo desaparecimento da regra do anonimato dos dadores e o fim do sigilo da identidade das gestantes de substituição, porquanto o acórdão, adequadamente, censura constitucionalmente a regra do anonimato dos dadores em favor do direito dos filhos ao conhecimento das suas origens, na medida em que constitui um elemento essencial da construção da identidade. Comentando esta decisão, Rafael Vale e Reis qualifica esta posição do TC como *revolucionária*, asseverando que: “Tudo se passa como se não existisse a norma do anonimato dos dadores, como se fosse

³¹⁹ *Ibidem*, p. 49. Mais acrescenta este aresto: “A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de *total anonimato* do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como *regra*, o anonimato dos dadores, e, como *exceção*, a possibilidade de conhecimento da sua identidade.”; *ibidem*.

³²⁰ Eis, a decisão do TC sobre esta matéria do anonimato dos dadores: “Nestes termos, é de concluir, à luz das conceções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, que a opção seguida pelo legislador no art.º 15º n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição – mas, no caso destas, como regra absoluta -, merece censura constitucional. Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no art.º 26º n.º 1 da CRP. Combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no art.º 18º n.º 2, da CRP, e repetidamente mobilizado e explicado por este Tribunal, afigura-se *desnecessária* tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente.”; *ibidem*, p. 54.

inválida a partir do momento em que foi aprovada desde 2006. O TC podia ter limitado os efeitos dizendo que o fim do anonimato vigorava só a partir de agora. Não o tendo feito, é como se o anonimato nunca tivesse existido.”³²¹. Da minha leitura resulta antes que o acórdão manifesta, sobremaneira, uma tendência para que deixe de existir anonimato. Mais acrescento que esta decisão do TC contraria outra decisão do mesmo Tribunal quando em 2009 havia considerado o anonimato como constitucional, fazendo prevalecer o direito à reserva e paz familiar. Por último, este acórdão pronuncia-se sobre a dispensa da averiguação oficiosa da paternidade, tendo o TC entendido que, nas circunstâncias concretas em que tal dispensa se encontra prevista, tal averiguação não teria qualquer sentido útil, dado que, mesmo conhecendo a identidade do dador, este jamais pode ser tido como progenitor da criança nascida, considerando não existir violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade nem do direito à identidade pessoal. Com efeito, essa averiguação oficiosa seria de uma paternidade, que de direito não existe.

Resta referir a questão da limitação dos efeitos, uma vez que o TC reconhece que, no caso de já terem sido iniciados os processos terapêuticos de PMA em execução de contratos de gestação de substituição autorizados pelo CNPMA, existe uma grande probabilidade de já existirem gâmetas recolhidos ou embriões formados com vista aos processos específicos da gestação de substituição. Julgo que é de acolher esta mesma limitação de feitos, porquanto o fim das normas declaradas inconstitucionais com força obrigatória geral conduziria a que todos os contratos já apreciados favoravelmente pelo CNPMA fossem considerados como não autorizados, pondo em causa a legitimidade dos processos terapêuticos de PMA, como sejam a recolha de gâmetas e a criação de embriões e, inclusive o estabelecimento de filiação de crianças nascidas em virtude de tais tratamentos. Assim, e por unanimidade, o TC decidiu, em nome da segurança jurídica e do cumprimento do dever de o Estado de proteção da infância limitar os efeitos da sua decisão.

³²¹ Disponível em [em linha]: <https://www.publico.pt/2018/04/26/sociedade/noticia/filhos-nascidos-da-procriacao-assistida-podem-saber-quem-sao-os-dadores-1811678>. Consultado em 22 de junho de 2018. Nessa mesma notícia veiculada pelo jornal **Público**, em 26 de abril de 2018, André Dias Pereira, Presidente do Centro de Direito Biomédico, aceita com agrado a decisão do TC, considerando que “Não há império da genética”, e que “a gestação também tem valor”, “aqueles nove meses revelam-se bem importantes do ponto de vista ético e jurídico”; *ibidem*.

CONCLUSÕES

Em julho de 1978, com o nascimento de Louise Brown, assistiu-se à primeira utilização das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, por via de fertilização *in vitro*, desenvolvida por Robert Edwards e Patrick Steptoe. Depois disso, a medicina teve uma ampla evolução que se repercutiu nas técnicas de PMA, não sem que tal evolução tenha sido acompanhada por uma larga controvérsia, envolvendo as próprias técnicas e com questões éticas decorrentes da sua aplicação. Em Portugal, só em 2006 foi aprovada uma legislação global e unitária própria (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). É uma evidência inescapável que os recentes avanços biotecnológicos, mormente no domínio da PMA, franquearam a possibilidade da consolidação das expectativas de homens e mulheres padecendo de problemas de infertilidade e esterilidade; a consecução do desejo (assim aventado) de procriar. Não obstante, múltiplas questões de índole ética e igualmente jurídica têm, em favor de uma massa crítica não despicienda que em torno desta problemática se foi cristalizando, balizado limites e dificuldades, sendo a de maior amplitude aquela sobre a qual incidiu este meu labor de investigação, a saber: a Maternidade de Substituição e, lateralmente, a determinação da maternidade das crianças geradas por essa via, a qual, tal como defendo, não pode ser enquadrada *stricto sensu* no âmbito da Procriação Medicamente Assistida. Entre as várias questões suscitadas a respeito desta matéria – e não deixei de dedicar-lhe uma aturada atenção (*vide* capítulo 6, em especial) – que carece de um enquadramento que aponte para a averiguação de cumprimento de princípios – a meu ver basilares – bioéticos, além de uma perspetivação do problema á luz dos princípios jurídicos constitucionais e conformadores de todo o ordenamento jurídico, até porque tais princípios bioéticos só conseguem alcançar eficazmente resultados através de mecanismos de coação, somente garantidos pelo Direito e mais especificamente por um biodireito suscetível de traçar limites às utilizações biotecnológicas. Outras das evidências que sobrelevam nesta minha reflexão concerne à mudança de paradigma da deslocação do instituto da adoção para esta nova via da maternidade de substituição: os avanços da medicina e da biotecnológica criaram, portanto, condições favoráveis ao suprimento das dificuldades dos casais estéreis ou inférteis no sentido de conseguirem a maternidade e a paternidade, o que, tradicionalmente, ocorria mediante o recurso à adoção³²², ao passo que o *mondo novo*

³²² Um fenómeno social bem mais importante e dignificante do que o recurso à maternidade de substituição, conforme OTERO, Paulo (2012) – A dimensão ética da Maternidade de Substituição. In **Direito & Política**.

desses avanços biotecnológicos, se tornou campo fértil para firmar a suscetibilidade da realização do desejo de ter filhos, provenientes do seu património genético, numa clara sobrelevação da continuidade de laços de sangue e do desejo de originar uma criança que derive do património genético dos pais. Ora, este afã é passível de críticas, no sentido em que coloca problemas de relacionamento (alternativo ou concorrencial) face ao instituto da adoção³²³. Outro dado que é possível extrair desta investigação, é que o direito está sempre um passo atrás em relação à celeridade vertiginosa dos avanços da biotecnologia e da medicina, pelo que não posso deixar de sublinhar o facto de que esse caminho vacilante das ordens jurídicas desencadeia, naturalmente, polós relevantes de insegurança jurídica e, cumulativamente, de instabilidade jurídica, até pelas assimetrias, ao nível legislativo, que vigoram nos diversos ordenamentos jurídicos de diferentes países (tal como analisei no capítulo 5). Este estudo teve como enfoque principal o âmbito do Direito da Família e é, justamente, nele que não apenas a PMA como, sobremaneira, a maternidade de substituição colocam aos agentes do Direito grandes desafios, especialmente quando se assiste à intrusão de um terceiro (as mães portadoras) na realização da gestação de substituição. Com efeito, é inegável que esta tem um forte impacto (do meu ponto de vista pernicioso) nas estruturas familiares tradicionais. Desde logo, tal como procurei clarificar, ao nível do instituto da filiação, mas também no abalo que acarreta quanto à noção jurídica de família, que se contém, implicitamente no art.º 1576º CC e, ademais, quanto ao estabelecimento dos vínculos de parentalidade. Isto porque, existindo a intervenção da mãe gestacional, colapsa o conceito nuclear de

N.º 01 (out.- Dez. 2012), Lisboa: Ed. Paulo Nogueês, p. 88. Igualmente no enquadramento da adoção e do espírito deste instituto, saliento que: “o art.º 1586º do CC, dá a noção de adoção; esta é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973º e ss. do CC. Por oposição ao parentesco *natural*, que é o verdadeiro parentesco a adoção é assim um parentesco *legal*, criado à semelhança daquele. Não quer isto dizer, porém, que se trata de uma *ficção* da lei. O que acontece é que a adoção assenta em *outra verdade*, uma verdade afetiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco.”; COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme (2008) – **Curso de Direito da Família**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 49. Acrescentam os mesmos autores o seguinte: “Este novo interesse pela adoção corresponde, de resto, a uma modificação radical no espírito do instituto, o qual, centrado antigamente na pessoa do adotante e ao serviço do seu interesse [ao passo que, penso, a maternidade de substituição se centra prevalentemente no interesse dos pais beneficiários em detrimento do superior interesse da criança] de assegurar, através da adoção, a perpetuação da família e a transmissão do nome e do património, visa hoje servir sobretudo no interesse dos menores desprovidos do meio familiar normal.”; *idem*, **Op. Cit.**, p. 50.

³²³ “É a expressão máxima da solidariedade para com as crianças que necessitam de um lar e de uma família envolvendo uma entrega desinteressada ou uma capacidade de amar a quem não é do nosso sangue, assume-se como um fenómeno social bem mais importante e dignificante do que o recurso a maternidade de substituição.”; OTERO, Paulo (2012) – A dimensão ética da maternidade de substituição. **Op. Cit.**, p. 88.

maternidade-filiação³²⁴. Este é, afinal, o campo dos denominados *direitos reprodutivos*, encarados como os direitos adstritos às decisões livres e responsáveis sobre o número de filhos e sobre o intervalo que medeia o nascimento da cada um deles e, nomeadamente, aceder às informações sobre o planeamento familiar. Direitos esses que podem ser enquadrados à luz do art.º 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelecendo que: *homens e mulheres em idade adequada ao casamento, têm o direito a casar e a constituir família*. Não deixo, pois, de elencar as dificuldades respeitantes à determinação da maternidade, até porque a mãe poderá ser genética, se for doadora do óvulo, poderá ser mãe substitutiva porquanto faz a gestação da criança ou ainda mãe social, a que fica responsável pela tramitação do processo e também pelo futuro desenvolvimento da criança. Subscrevo a posição de Jorge Duarte Pinheiro que igualmente concorda com a proibição da Maternidade de Substituição³²⁵. Manifesto ainda a minha concordância face à afirmação de Miguel Oliveira da Silva, segundo a qual: “O mero e apressado exercício da democracia representativa não é a melhor forma de aproximar os cidadãos dos seus representantes.”³²⁶, justamente porque considero que a legislação sobre a maternidade de substituição deveria ter sido precedida de um debate mais amplo e deveria ter sido credora da parte do legislador de uma mais cuidadosa feitura da lei, a qual como procurei mostrar – e tal como o Tribunal Constitucional no acórdão 225/2018 veio atestar tendo em conta as inconstitucionalidades apuradas – contém várias lacunas, indeterminações e mesmo inconstitucionalidades do ponto de vista jurídico e um paradigma que afronta princípios basilares da bioética e do biodireito, sobretudo se atendermos a uma lógica deontológica como a de Kant e não tanto a uma lógica consequencialista como a defendida, entre outros por Stuart Mill. No que respeita à gestante, considerarei existir uma degradação da sua dignidade humana, no sentido de

³²⁴ O qual é: “[...] atualmente discutível, tendo em vista que a mãe poderá ser a que está gestando o bebé, apenas fornecer o óvulo para a fecundação, não participando da gestação, ou ainda, poderá ser a que «emprestou» o seu útero, recebendo o óvulo de uma terceira pessoa para gerá-lo, caracterizando-se em uma mãe sócio-afetiva.”; AMORIM, Caroline Sebastiany (2006) – Aspetos jurídicos da Maternidade de Substituição no Direito Brasileiro. Disponível em [em linha]: www.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tecz/trabalhos2006_1/Caroline_amorim.pdf. Consultado em 19 de junho de 2018.

³²⁵ E, além disso, com a seguinte orientação defendida por este autor: “No entanto, na perspectiva da nova lei, a mãe portadora é mais do que uma mera portadora é a mãe, a única mãe, e, em regra, será o único progenitor. Talvez fosse conveniente repensar o que se prevê quanto à qualidade jurídica de mãe e de pai, porque o regime da filiação deve ser estruturado não para sancionar adultos que participaram, de forma mais ou menos inconsciente no processo de procriação, mas sobretudo proteger aqueles que têm a qualidade de filhos menores.” (Sublinhado meu); PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – Mãe Portadora – A problemática da Maternidade de Substituição. **Op. Cit.**, p. 344.

³²⁶ SILVA, Miguel Oliveira da (2017) – **Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de aluguer. Para um debate de cidadãos**. Lisboa: Caminho, p. 170.

tornar-se um mero meio ao serviço dos beneficiários e, além disso critiquei a solução legislativa que impedia o seu arrependimento até ao final do processo, uma vez que, nos termos da LPMA, no período entre a transferência uterina e o parto inexistia a possibilidade de qualquer hipótese de arrependimento. Ora, defendi que – perspectiva que veio a ser acolhida pelo acórdão n.º 225/2018 do TC – a gestante deveria ter a possibilidade de poder manter a criança para si e, por isso mesmo, critiquei a Lei por não consagrar expressamente qualquer direito ao arrependimento da gestante. Se é certo que a lei previa a possibilidade de um arrependimento na fase inicial do processo, nomeadamente a possibilidade de desistir do procedimento até à transferência uterina dos embriões, deveria ter sido assegurada a hipótese de arrependimento da gestante após o parto, uma vez que deveria ter sido assegurado à gestante o direito de poder decidir, dentro de um prazo razoável após o parto, se mantinha para si a criança independentemente do facto de a gestante não manter vínculos genéticos com a criança.

Uma outra questão que abordei neste estudo diz respeito à questão do sigilo designadamente sobre a mãe de substituição, enquadrando tal problemática no âmbito do princípio ético do primado do ser humano, concordando a este propósito com o enquadramento realizado por Diogo Leite de Campos sobre uma crise dos valores e do Direito decorrente do império da subjetividade³²⁷. Com efeito, transportando esta matéria do sigilo do dador do campo da procriação heteróloga para o domínio da maternidade de substituição, aquilo que defendi sobre esta matéria foi que as crianças nascidas por esta via devem ter assegurado o seu direito ao conhecimento da sua historicidade pessoal e, por consequência, ao conhecimento da sua mãe de substituição. Isto porque, do meu ponto de vista, o direito à identidade pessoal engloba um direito à historicidade pessoal, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que, mediata ou imediatamente, lhe deram origem. Além disso, assim defendi, o direito à historicidade pessoal implica o direito de cada ser humano conhecer o modo como foi gerado, o direito de se conhecer a

³²⁷ “Verificando-se um processo contínuo de auto referimento entre norma e decisão, entre lei e caso, entre norma e sujeito, entre valor e interesse. O Direito, também o Direito Civil (possivelmente este, em muitos campos com mais razão do que os outros ramos de Direito) tem- se transformado num direito individual, num direito do caso concreto que, quando gera normas, as gera através de modelos contratuais, de negociação entre sujeitos privados.”; CAMPOS, Diogo Leite de (2008) – A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o dador – Ou a Omnipotência do sujeito. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II, p. 77. Sobre o sigilo sobre o dador, o mesmo autor considera que, o anonimato do dador é inconstitucional, “[...] não se justificando por qualquer interesse da pessoa a proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o filho. Com efeito, parece claro que este tem o direito de conhecer os seus pais biológicos, na medida e que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano. [...] O sigilo sobre o dador viola o disposto no art.º 2º, art.º 12º n.º 1 e art.º 13º n.º 1 e 3 da Constituição da República.”; *ibidem*, p. 83.

si próprio ou a definição integral da sua identidade biológica, como defendem, entre outros, Paulo Otero e Stela Barbas. Assim sendo, considerarei inexistirem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo, como seja a tutela dos respetivos direitos à intimidade pessoal e familiar, suscetíveis de vedar a alguém o conhecimento à respetiva origem e à forma como foi gerado. Daí que tenha, em geral, considerado como censurável do ponto de vista constitucional qualquer regra de anonimato do dador do material genético. Igualmente refleti sobre a liberdade de criação e desenvolvimento tecnológico e a liberdade de experimentação científica, de acordo com o art.º 26º da CRP, embora tenha considerado que, como qualquer tipo de liberdade, aquelas não são ilimitadas, antes estão condicionadas a respeitar valores nucleares nomeadamente a dignidade de cada pessoa humana ou ainda a identidade genética do ser humano. Ora, o facto de a Lei da LPMA determinar que, no momento do parto, a gestante perde todos os poderes e deveres da maternidade, considerarei que tal situação envolve uma intolerável proibição de privação deliberada de família, pois existe tutela constitucional conferida à maternidade e à paternidade e fatores de efetivação do direito ao desenvolvimento pleno da personalidade e ferramentas garantísticas do próprio valor da família. Daí que haja criticado que alguém possa intencionalmente consentir ou participar num processo de PMA que vise a criação de uma vida humana privada ou de uma família ou de uma estrutura bi-parental de filiação, não podendo, assim, a mãe de substituição, até pelo laço intrauterino que criou com o feto, ser desprovida em absoluto da sua condição de mãe e, deste modo, sendo reduzida a mera incubadora ao serviço de um pai e de uma mãe beneficiários da sua gestação. Essas foram algumas das razões pelas quais critiquei o contrato de gestação de substituição, desde logo o facto de um tal negócio de gestação para outrem só muito dificilmente poder ser reconhecido na ordem jurídica portuguesa. O facto de existir uma hipervalorização da autonomia privada desencadeia problemas vários, como seja o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas, o qual não deve ser alvo de modificações voluntárias e livres de qualquer controle estadual. O que acontece na Lei da gestação de substituição é que a gestante passa a poder dispor do estatuto de mãe. Por outro lado, o consentimento que a gestante presta antes da própria inseminação não é aceitável à luz do art.º 1982º n.º 3 do CC, pois este determina, no que respeita à adoção, que a mulher que visa ceder o seu filho para uma adoção só dá um consentimento válido quando houver decorrido um mês após o parto, ao passo que, na LPMA, o contrato de gestação de substituição passa por uma declaração de consentimento para gerar e entregar o filho mesmo antes da inseminação e da conceção, o que colide,

nomeadamente, com os princípios de ordem pública em matéria de direito da família e designadamente com os termos do art.º 280º n.º 1 do CC. Na verdade, tal como defendi, é inaceitável a renúncia ao estatuto de mãe por parte da gestante, porquanto tal significa uma restrição desproporcionada dos seus direitos de personalidade que, mesmo quando válida, é sempre revogável à luz do art.º 81º n.º 2º do CC.

Em suma, e em resposta à questão orientadora deste meu estudo que era a de saber se a maternidade de substituição seria uma solução ou um problema, estou em condições, face aos diversos argumentos aduzidos ao longo deste estudo, para concluir que é sobretudo um problema, ou melhor, um feixe de problemas e não apenas de natureza jurídica, mas também do ponto de vista ético e moral.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA GERAL

AAVV. (1985) – **A Bioética e o Futuro**. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa.

AAVV. (2005) – **Estudos de Direito da Bioética**. 4º vols. Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina.

AAVV. (2008) – **Bioética e Vulnerabilidade**. Coord. Ana Sofia Carvalho. Coimbra: Almedina.

ABOIM, Sofia (2006) – **Conjugalidades em Mudanças. Percursos e dinâmicas da vida a dois**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.

ALEXANDRINO, José de Melo (2008) – Os Direitos das Crianças – Linhas para uma construção unitária. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, Ano 68, I.

ALEXANDRINO, José Melo (2011) – **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**. 2ª ed. Cascais: Príncípa.

ALEXY, Robert (2011) - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

AMARAL, Maria Lúcia (2007) – O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional. In **Jurisprudência Constitucional**. N.º 13.

ANTUNES, João Lobo (2010) – **Inquietação Interminável – Ensaios sobre ética das ciências da vida**. Lisboa: Gradiva.

ARAÚJO, Fernando (1999) – **A Procriação Medicamente Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Almedina.

ARAÚJO, Fernando (2001) – Direito da Bioética. In **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. II Suplemento, Lisboa, pp. 193 e ss.

ARCHER, Luís (1995) – O progresso da ciência e o espírito. In **Cadernos de Bioética**. N.º 10, Coimbra: Edição do Centro de Estudos de Bioética.

ARCHER, Luís, BISCAIA, Jorge e OSSWALD, Walter (1996) (COORD.) – **Bioética**. Lisboa: Editorial Verbo.

- ARCHER, Luís (2006) – **Da genética à bioética**. Coimbra: Gráfica de Coimbra.
- ARENDT, Hannah (2007) – **Responsabilidade e Juízo** (Trad. Port. Miguel Serras Pereira). Lisboa: Publicações D. Quixote.
- ASCENSÃO, José de Oliveira (2000) – **Direito Civil. Teoria Geral**. Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- ASCENSÃO, José Oliveira de (2006) – **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. 13ª ed. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, José Oliveira (2008) – A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68, I, Lisboa.
- ASCENSÃO, Oliveira (2008) – O início da vida. In **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina.
- BARAK, Aharon (2015) – **Human Dignity. The Constitutional Value and the constitutional right**. Cambridge: Cambridge University Press.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **O Direito da Família Português: Algumas Características**. Portimão: **Jurismat**. N.º Especial, pp. 71-78. Disponível em [em linha]: www.recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6419/jurismatesp_71-78.pdf?sequence=1. Consultado em 13 de setembro de 2017.
- BARBAS, Stela (2000) – Da privacidade dos dados genéticos. In **Fórum Iustitiae**. N.º 15 (setembro de 2000), Lisboa.
- BARBAS, Stela (2004) – Clonagem, alma e direito. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 257-264.
- BARRETO, Vicente de Paulo (1999) – Bioética, Biodireito e Direitos Humanos. In **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Org. Ricardo Lobo Esteves). Lisboa: Editora Renovar.
- BARROS, Alberto (2012) – Barrigas de Aluguer. In **Boletim da Ordem dos Advogados**, n.º 87, fevereiro.

BAUER, Marion e AMORI, Verônica (2011) – Les contrats de mère porteuse au Brésil. Disponível em [em linha]: www.cdpm.unistra.fr/travaux/obligations-biens/les-contrats-de-mere-porteuse/bresil/. Consultado em 13 de novembro de 2017.

BELO, Fernando (2013) – Casamento e Filhos. In **Jornal Público** (ed. De 7 de Set. 2013). Disponível em [em linha]: <http://www.publico.pt/opinião/jornal/casamento-e-filhos-27044708> consultado em 26 de setembro de 2017.

BERNARD, Jean (1994) – **La Bioéthique**. Paris: Flammarion.

BINET, Jean-rené (2002) – **Droit Et Progrès Scientifique, Science Du Droit, Valeurs Et Biomédecine**. Paris: Presses Universitaires De France.

BISCAIA, Jorge Santos; OSÓRIO, Maria Lurdes de Carvalho; AVELINO, Manuel e CRUZ, Ema (1991) – Alguns Aspectos da Relação Mãe-Filho no período neonatal precoce. In **Saúde Infantil**. Vol. 3, n.º 2, set.

BISCAIA, Jorge Santos (2001) – Novas Paternidades. In **Ação Médica**. Vol. 62, n.º 2.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (2003) – **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar.

BRONZE, Fernando José (1994) – **A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença. Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora.

CABO, Ana Isabel (2012) – Maternidade de Substituição. In **Boletim da Ordem dos Advogados**, n.º 87, fevereiro.

CABRAL, R. (1989) - Bioética. In **Logos - Enciclopédia luso-brasileira de filosofia**. Tomo I. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, pp. 686-687.

CAMPOS, Diogo Leite de (2004) – **Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas**. Coimbra: Almedina.

CAMPOS, Diogo Leite de (2006) – A Procriação Medicamente Assistida e o Sigilo sobre o dador – Ou a Onnipotência do Sujeito. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 66, III, Lisboa.

CAMPOS, Diogo Leite de (2008) – O Direito em nós. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68 (set.- dez.). Lisboa, p. 556.

CAMPOS, Diogo Leite de (2010) – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2ª ed. Revista e atualizada. Coimbra: Almedina.

CAMPOS, Diogo Leite de (2013) – **O Direito em nós**. Disponível em [em linha]: www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/02/2013_02_00987_01007.pdf Consultado em 20 de setembro de 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martinez (2017) – **Lições de Direito da Família**. (ed. Revista e Atualizada por Prof. Doutora Mónica Martinez de Campos). Coimbra: Almedina.

CANARIS, Claus-Wilhelm (2006) – **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J.J. gomes e MOREIRA, Vital (2007) – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4ª ed. Revista, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

CHABY, Estrela (2016) – Direito de constituir família, filiação e adoção – Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In **Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos**. Vol. II. Coimbra: Almedina.

CHILDRESS, James F. e BEAUCHAMP, Tom L. (1994) – **Principles of Biomedical Ethics**. 4ª ed., Oxford University Press.

COELHO, João Parracho Tavares (1993) – A Família: Perspetiva evolutiva do conceito tradicional. In **Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público**. N.º 54, 3º Trimestre.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de (2006) – **Curso de Direito da Família – Direito da Filiação**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de (2008) – **Curso de Direito da Família**. 4ª ed., Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

CONSEHO NACIONAL DA ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (1998) (Coord.) – Poderes e limites da genética. In **Atas do IV Seminário do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida**. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros.

CORDEIRO, António Menezes (2004) – **Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral**. Tomo III (As Pessoas). Coimbra: Almedina.

CORREIA, Clara Pinto (1989) – **O essencial sobre os «bebés-proveta»**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da moeda.

COSTA, José Manuel M. Cardoso (1991) – Genética e Pessoa Humana. Notas para uma perspetiva jurídica. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 51, Lisboa, pp. 459 e ss.

COSTA, Judith Martins (2008) – Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à construção do biodireito. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 87-109.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva (2011) – **Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica**. 2ª ed. Atualizada. Lisboa: AAFDL.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona (2013) – O Conceito de Família e as Famílias no Direito Português. In **Famílias no plural. Atas da Conferência**. Lisboa: ILGA Portugal.

CORTÊS, António (2005) – O princípio da dignidade humana em Kant. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXI. Coimbra.

CRISTIANO, Chaves de (s.d.) - **Temas atuais de Direito e Processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 338.

CRORIE, Benedita Mac (2017) – O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição da República Portuguesa de 1976. (Coord. Manuel Afonso Vaz, Catarina Santos Botelho, Luís Heleno Terrinha e Pedro Coutinho). In **Jornada nos Quarenta anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução**. Porto: Universidade Católica Editora.

DIAS, Maria Berenice (2013) – **Manual de Direito das Famílias**, 9ª ed., Revista, Atualizada e Ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

DULBECCO, Renato (1990) – **Engenheiros da vida** (Trad. Port. Maria Helena V. Picciochi). Lisboa: Editorial Presença.

- DWORKIN, Ronald (1994) – **Life’s Dominion**. New York: Vintage Edition.
- ECO, Umberto (2007) – **Como se faz uma tese em Ciências Humanas**. 13ª ed., Lisboa: Editorial Presença.
- EDELMAN, Bernard (1999) – Sujet de Droit Et Technoscience. In **La Personne En Danger**. Paris: Puf.
- FELDMAN, Robert S. (2001) – **Comprender a Psicologia** (Trad. Port. Luís M. Neto, Sara Baya dos Santos et. Al.). 5ª ed. Lisboa: Editora McGraw-Hill.
- FERREIRA, Ana Elisabete (2011) – A intangibilidade da identidade genética humana – Um direito humano? Porquê? In **Lex Medicinae**. Ano 8, n.º 16. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 107-125.
- FIGO, Tiago (2012) – Wrongful Adoption ou um “livro de reclamações” para a filiação adotiva?. In **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 87 (fevereiro 2012), p. 38-39.
- GARCIA, Diego (2013) – **Valor y Precio**. Madrid: Tria Castela.
- GRIMM, Dieter (2013) – Dignity in a legal context and as an absolut right. In **Understanding Human Dignity**. Oxford: Oxford University Press.
- GOMES, Carla Amado (2007) – Filiação, Adoção e Proteção de menores – Quadro constitucional e notas de jurisprudência. In **Lex Familiae**.
- GOMES, Orlando (1977) – **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Ed. Forense.
- GONÇALVES, Diogo Costa (2008) – Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica. In **Estudos de Direito da bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 125-182.
- GUILLEBAUD, Jean-claude (2001) – **Le Principe D’humanité**. Paris: Seuil.
- HABERMAS, Jurgen (1987) – **Técnica e Ciência como «ideologia»**. (Trad. Port. Jorge Machado Dinis). Lisboa: Edições 70.
- HABERMAS, Jurgen (2006) – **O Futuro da Natureza Humana – A caminho de uma Eugenia Liberal?**. Coimbra: Almedina.
- HOMEM, António Pedro Barbas (2001) – **O Justo e o Injusto**. Lisboa: AAFDL.
- HOSTER, Henrich Ewald (2003) – Consentimento – Comentário. In **Direitos do Homem e Biomedicina**. Lisboa: Universidade Católica Editora.

- HOTTIS, Gilbert e PARIZEAU, Marie-Hélène (1998) – **Dicionário da Bioética** (trad. Port. Maria de Carvalho). Lisboa: Instituto Piaget.
- JONAS, Hans (1990) – **Le Principe Responsabilité: Une Éthique pour la Civilisation Technologique**. Paris: Cerf.
- JONAS, Hans (1994) – **Ética, Medicina e Técnica**. Lisboa: Vega.
- KANT, I. (1988) – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70.
- KANT, I. (2005) – **A Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LEITE, Eduardo de Oliveira (1994) – **Temas de Direito da Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LEITE, Eduardo de Oliveira (2004) – **Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Forense.
- LENOIR, Noelle e MATHIEU, Bertrand (1998) – **Le Droit International De La Bioétique**. Paris.
- LEVINAS, Emmanuel (1988) – **Ética e infinito**. (Trad. Port. João Gama). Lisboa: Edições 70.
- LIANDRO, A. (2004) – **Proteção dos Direitos da criança em Portugal. Direitos das crianças**. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes (1995) – **Código Civil Anotado**. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIPOVETSKY, Gilles (1988) – **A era do vazio – Ensaio sobre o individualismo contemporâneo**. (Trad. Port. Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria. Lisboa: Relógio D'água).
- LIPOVETSKY, Gilles (1992) – **Le Crépuscule du devoir – l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques**. Paris: Gallimard.
- LYOTARD, Jean-François (s.d.) – **A condição pós-moderna**. Lisboa: Gradiva.
- MACHADO, Baptista (1993) – Iniciação ao Mundo do Direito. In **Obra dispersa**. Vol. II. Braga: Scientia Iuridica.

- MACHADO, João Baptista (2002) – **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. 13ª Reimpressão. Coimbra: Almedina.
- MARQUES, J. P. Remédio (2008) - A patente habilidade dos métodos de diagnóstico, terapêuticos e cirúrgicos: Questão (bio)ética ou questão técnica? – O atual estado do problema. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 211- 298.
- MATEO, Ramón Martín (1987) – **Bioética y Derecho**. Barcelona: Ed. Ariel.
- MELO, Helena Pereira de (2008) – **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, Jorge (2006) – **Escritos vários sobre Direitos Fundamentais**. Cascais: Princípa.
- MIRANDA, Jorge (2008) – **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui de (2010) – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed., Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONCADA, Cabral (1995) – **Lições de Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Almedina.
- MORETTI, Jean Marie e DINECHIN, Olivier (1998) – **O desafio da genética**. (trad. Port. Luís Almeida Campos). Lisboa: Editorial Notícias.
- MOTA, Henrique (1988) – **Biomedicina e Novos Direitos do Homem: uma aplicação do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais (art.º 16º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa)**. Tese de doutoramento. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- NETO, Abílio (2010) – **Código Civil Anotado**. 17ª ed., Rev. E atualizada. Lisboa: Ediforum.
- NETO, Abílio (2016) – **Código Civil Anotado**. 19ª Edição Reelaborada. Lisboa: Edições Jurídicas, p. 1526.
- NETO, Luísa (2004) – **O Direito Fundamental á Disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)**. Coimbra: Coimbra Editora.
- NEVES, Castanheira (1976) – Justiça e Direito. In **Separata**. Vol. LI. Do boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra.

NEVES, Mária do Céu Patrão (2016) - **O admirável horizonte da bioética**. Ed. Glaciar: Fundação Luso-americana para o desenvolvimento.

NOVAIS, Jorge Reis (2004) – **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora.

NOVAIS, Jorge Reis (2010) – **Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora.

NOVAIS, Jorge Reis (2015) – **A dignidade da pessoa humana**. Vol. I. Coimbra: Almedina.

NUNES, Etelvina Pires Lopes (2003) – A família vista à luz da antropologia. Introdução: aspetos fenomenológicos da constituição da família. In **Cadernos de Bioética**. Ano XII, n.º 33 (dez. 2003).

OLIVEIRA, Guilherme de (1998) - **Critério Jurídico da Paternidade**. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Guilherme de (2004) - Transformações do Direito da Família. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 763-779.

OTERO, Paulo (1998) – **Lições de introdução ao estudo do direito**. Vol. I, 1º Tomo. Lisboa.

OTERO, Paulo (1999) – **Personalidade e identidade genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética**. Coimbra: Almedina.

OTERO, Paulo (2001) **A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do totalitarismo na Democracia do Sec. XXI**. Cascais: Princípa.

OTERO, Paulo (2007) – **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. I. Coimbra: Almedina.

OTERO, Paulo (2008) – Disponibilidade do próprio corpo e a dignidade da pessoa humana. In **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. Coimbra: Almedina.

PINCHA, João Pedro (2014) – É possível recorrer a barrigas de aluguer na Grécia, Bélgica e Reino Unido. Disponível em [em linha]: www.observador.pt/2014/06/11/e-possivel-recorrer-barrigas-de-aluguer-na-grecia-belgica-e-reino-unido/. Consultado em 7 de novembro de 2017.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2009) – **O Direito da Família Contemporâneo**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2017) - **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. Lisboa: AAFDL.

PINTO, Paulo Mota (1993) – O Direito a reserva sobre a intimidade da vida privada. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXIX. Coimbra: Coimbra Editora.

PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005) – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

PIMENTA, José da Costa (2001) – **Filiação**. 4ª ed. Editora: Petrony.

PROENÇA, José João Gonçalves de (2004) – **Direito da Família**. 4ª ed. Lisboa: Universidade Lusfada Editora.

POPPER, Karl (2013) – **Sociedade Aberta e seus inimigos**. Vol. I e II. Lisboa: Edições 70.

RAPOSO, Mário (1991) – Bioética e Direito. In **Revista do Ministério Público**. Ano 12º, n.º 45, pp. 21-22.

RAPOSO, Vera Lúcia (2003) – Da moralidade à liberdade: O bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In **Liber Discipulorum**. Coimbra: Coimbra Editora.

REICH, T. W. (1995) – **Encyclopedia Of Bioethics**. Vol. 1. New York: MacEillan.

RENAUD, Michel (2008) – Solicitude e Vulnerabilidade. In **Bioética e Vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, pp. 11- 20.

ROSEN, Michael (2012)- **Dignity**. Londres: Havard University Press.

SÁ, Maria de Fátima Freire (2003) – **Biodireito e Direito ao próprio corpo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora.

- SANTOS, Agostinho de Almeida (1994) – **Razões de ser. Genética e Reprodução Humanas. Conflitos e Contradições**. Coimbra: Gráfica de Coimbra.
- SANTOS, Eduardo dos (1999) – **Direito da Família**. Coimbra: Almedina.
- SERRÃO, Daniel (2008) – Os desafios contemporâneos da genética. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 369-379.
- SERRÃO, Daniel (2011) – **Aqui diante de mim**. Lisboa: Esfera do Caos.
- SILVA, Paula Martinho da (1990) – A bioética, o direito e um breve resumo sobre o quadro legislativo português. In **Revista do Ministério Público**. 11, n.º 43. Lisboa, pp. 163-167.
- SILVA, Miguel Oliveira de (2006) – **Ciência, Religião e Bioética no início da vida**. Lisboa: Editorial Caminho.
- SINGER, Peter (2000) – **Writings on a Ethical Life**. New York: HarperCollins Publishers.
- SOARES, Rogério Erhardt e CAMPOS, Diogo Leite de (1990) – A família em direito constitucional comparado. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 50, abril, pp. 5-20.
- SGRECCIA, Élio (2009) – **Manual de Bioética – Fundamentos e Ética Biomédica**. Cascais: Princípia.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de (1978) – A Constituição e os Direitos de Personalidade. In **Estudos sobre a Constituição** [Coord. Jorge Miranda]. Vol. II. Lisboa: Petrony.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de (1995) – **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora.
- TEIXEIRA, António Braz (2006) – **Sentido e Valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica**. 3ª ed., Revista e Aumentada. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda.
- TESHARD, Jacques (2000) – **Os homens prováveis. Da procriação aleatória à reprodução normativa**. (trad. Port. Nuno Romano). Lisboa: Instituto Piaget.
- TELLES, Inocêncio Galvão (2002) – **Manual dos Contratos em Geral**. 4ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

THOMSON, Michael (1998) – **Reproductive Narrative – Gender, reproduction and Law.**

VAN USSEL (1970) – Histoire de la répression sexuelle. Paris: R. Laffont, p. 313.

VARELA, Antunes (1999) – **Direito da Família.** 5ª ed. Vol. I. Lisboa: Petrony.

VASCONCELOS, Pedro Pais de (2007) – **Teoria Geral do Direito Civil.** 4ª ed. Coimbra: Almedina.

VIDEIRA, Mafalda Ascensão Marques (2012) – A investigação científica e o respeito da dignidade humana na realização dos ensaios clínicos. In **Boletim da Ordem dos Advogados.** N.º 87 (fevereiro 2012), pp. 40-41.

WILLIAMS, Peter (1994) – **Problemas da família.** (trad. Port. Alexandre de Sousa)

ZIPPELIUS, Reinhold (1997) – **Teoria Geral do Estado.** 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

AAVV. (2001) – **Gestation pour autrui: Surrogate Matherhood.** (Coord. Françoise Moneger). Paris: Academie de Droit Comparè, XIII, Congnès Whashington DC.

AAVV. (2009) – **Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas. Contributos para uma reflexão.** Coord. Suzana Silva e Luísa Veloso. Porto: Porto Editorial.

ABREU, Laura Dutra de (2008) – **A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a Maternidade de Substituição.** Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra.

ABREU, Laura Dutra de (2013) – A renúncia da maternidade: Reflexão jurídica sobre a Maternidade de Substituição – Principais aspetos nos Direitos português e brasileiro. In **Panorama do Direito no Terceiro Milénio – Livro de Homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite Campos.** Coimbra: Almedina.

AGACINSKY, Sylviane (2013) – **Corps en Miettes.** Paris: Flammarion.

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca (2000) – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a determinação da filiação em sede da Procriação Medicamente Assistida. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XLI, n.º 2, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 655-713.

AGUIAR-CONRARIA, Luís (2017) – Ser-se pai sem mulher a tira colo. In: **Obsevador**. 14 de junho de 2017.

ALCANTARA, Marcelo de (2011) – Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras? In **Lex Medicinæ**. Coimbra: Coimbra Editora, Ano 8, n.º 16 (jul.- dez. 2011), pp. 99-105.

ALCANTARA, Marcelo de (2011) – Maternidade de Substituição no Estrangeiro: filiação com ou sem fronteiras? In **Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 8, n.º 16, p. 100.

ALCANTARA, Marcelo de (2014) – Surrogacy in Japan: legal implication for parentage and citizenship. In **Family Court Review**, n.º 17.

ALMEIDA, Filipe (2008) – A criança nascida de PMA – O direito do mais fraco. In **Bioética e Vulnerabilidade**. Coord. Ana Sofia Carvalho. Coimbra: Almedina, pp. 85-91.

ALMEIDA, J. M. Ramos de (1993) – **Reprodução Assistida: as técnicas, a ética, a lei**. Lisboa: Instituto de apoio a criança.

AMORIM, Caroline Sebastiany (2006) – Aspectos jurídicos da Maternidade de Substituição no ordenamento brasileiro. Disponível em [em linha]: http://www.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos20061/caroline_amorim.pdf .Consultado em 21 de setembro de 2017.

ARAÚJO, Nádia; VARGAS, Daniela Trejos e MARTEL, Letícia de Campos Velho (2014) – Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspetos de direito internacional privado. Disponível em [em linha]: www.nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTAÇÃO-DE-SUBSTITUIÇÃO-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPETOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf .Consultado em 13 de novembro de 2017.

ARCHER, Luís (1990) – Procriação Artificial: Reflexões sobre pessoas e coisas. In **Revista Jurídica**. 13/14 (jan.-jun.), Lisboa, pp. 190-195.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA (2017) – Pedido de Fiscalização Sucessiva Abstrata da constitucionalidade dirigido ao Presidente do Tribunal Constitucional, das normas constantes dos artigos 8º, 15º, 20º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho na redação dada pelas leis n.º 17/2016, de 20 de junho e n.º 25/2016, de 22 de agosto. [em linha] disponível em:

www.app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a58687774d546e7a67774c336470260 consultado em 21 de setembro de 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira (1991) – Direito e Bioética. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 51 (julho de 1991). Lisboa, pp. 429-458.

ASCENSÃO, José Oliveira (1991) – Direito e Bioética. In **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas.

ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06 sobre Procriação Medicamente Assistida. [Em linha]. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777. Consultado em 20 de setembro de 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira (1998) – Procriação Assistida e Direito. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez**. Vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 645-677.

AUBI, Jean-Marie (1991) – Le Corps Humain Et Le Droit: Les Droits D’Homme Sur Son Corps. In **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Edições Jurídicas, p. 180.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (1990) – Consequências da manipulação genética no direito das pessoas e na condição jurídica dos nascituros. In **Tribuna de Justiça**, n.º 6, (out.- dez.), Lisboa.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (Reimpressão da edição de 1998) – **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (1999) – O Contrato de Gestação à espera de novas leis. In: **Forum Iustitiae. Direito & Sociedade**. Lisboa, n.º 1, junho.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2000) – Da problemática jurídica dos embriões excedentários. In **Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais**. Ano XXXXI, n.º 1-2, Lisboa: Verbo.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2008) – Investigação da filiação. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, pp. 29-72.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2011) – **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Almedina.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2012) – Estabelecimento da Maternidade: A gestação para outrem à luz do Direito Civil Português. In **Bioética e Direitos da Pessoa Humana**. Coord. Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Ana Carolina Brochado Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, pp. 271-282.

BARBOZA, Heloísa Helena (2004) – Reprodução Assistida e o Novo Código Civil. *Apud* SÁ, Mária de Fátima Freire de e, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. In **Bioética e Bioireito e o Novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 22-26 e ss.

BARROS, Alberto (2012) – Barrigas de aluguer. In **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 88 (março 2012), p. 25.

BARROS, Alberto (2016) – Procriação Medicamente Assistida. In **Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**. Vol. 4 (Genética e Procriação Medicamente Assistida). Coimbra: Almedina, pp. 107-128.

BERETTA, Elizabeth Astrid (2016) – La GPA en Italie: L'enfer, c'est les autres. Disponível em [em linha] www.cafebabel.fr/societe/article/la-gpa-en-italie-enfer-cest-les-autres.html .Consultado em 21 de novembro de 2017.

BIRLOT, Ana Maria Monteiro e TRINDADE, Zeidi Araújo (s.d.) – As tecnologias de Reprodução Assistida e as representações sociais ao filho. Disponível em [em linha]: http://www.scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294x2004000100008 .Consultado em 13 de novembro.

BISCAIA, Jorge Santos (2004) – O desejo do filho e a tecnologia. In **Cadernos de Bioética**. Ano XII, n.º 36 (dez. 2004).

BLINDEL, Julie (2016) – Outs our cing pregnancy: a visit to India’s surrogacy clinics. Disponível em [em linha]: <https://www.theguardian.com/global-development/2016/apr/of/outsourcing-pregnancy-india-surrogacy-clinics-julie-blindel>

consultado em 7 de novembro de 2017.

BOWLBY, John (1982) - **Formação e Rompimento dos Laços Afetivos**. São Paulo: Martins Fontes.

CABO, Ana Isabel (2012) – Maternidade de Substituição. In **Boletim da Ordem dos Advogados**, n.º 87, fevereiro, Lisboa.

CABO, Ana Isabel (2012) – A regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa. In **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 88 (março de 2012). Lisboa, pp. 22-24.

CALLAHAN, D. (2009) – O bem social e o bem individual: aborto e reprodução assistida. In **FLAD. A condição humana**. Lisboa: Dom Quixote.

CAMPOS, Diogo Leite de (2008) – A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a onnipotência do sujeito. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 9-28.

CARDOSO, Augusto Lopes (1991) – Procriação medicamente assistida (alguns aspetos jurídicos). In **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados, ano 51 (abril de 1991), pp. 5-27.

CARS, Guy Des (1986) – **A mãe de aluguer**. Lisboa: Círculo de Leitores.

CASSANO, Giuseppe (s.d.) – La Cicogna Con Il Temporizzatore: Fremiti Di Novità in Tema Di Maternità Surrogata. Disponível em [em linha]: http://www.lexitalia.it/articoli/cassano_cicogna.html. Consultado em 21 de setembro de 2017.

CASTRO, Carolina Corletto – Maternidade de Substituição no Direito Comparado e no Direito Brasileiro. Disponível em [em linha]: <https://jus.com.br/artigos/28977/maternidade-de-substituicao-no-direito-comparado-e-no-direito-brasileiro-p.3>. Consultado em 10 de novembro de 2017.

CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO (1990) – Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias- utilização de técnicas de Procriação Assistida

(projetos). In **Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. N.º 1.

Centre Suisse de Compétence Pour Les Droits Humains (CSDH) (2015). Disponível em [em linha]: www.skmr.ch/frz/domaines/genre/nouvelles/maternite-de-substitution.html. Consultado em 19 de setembro de 2017.

CHABY, Estrela (2016) – Direito de constituir família, filiação e adoção – Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In **Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos**. Vol. II. Coimbra: Almedina.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (2012) – Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição. (63/CNECV/2012). Disponível em [em linha]: <http://www.cnecv.pt/admin/files/.../1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr>. Consultado em 21 de setembro de 2017.

CORTE- REAL, Carlos Pamplona (2005) – Os efeitos familiares e sucessórios da Procriação Medicamente Assistida. In **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, pp. 93-122.

CORREA, Marilena Dias Villela (2001) – Ética e Reprodução Assistida: A medicalização do desejo de ter filhos. In **Bioética**. Vol. 9, n.º 2, Brasília.

COSTA, Amélia (2000) – Perspetiva Jurídica de um ato de amor/a procriação assistida. EDIUL.

COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva (2012) – A Maternidade de Substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. In **Lusíada. Direito**, Lisboa: Universidade Lusíada, S.2, n.º 10, pp. 237-289.

CORDEIRO, A. Lopes (2001/2002) – A problemática da procriação medicamente assistida face ao ordenamento jurídico português e brasileiro. Lisboa: UNFDL.

CORREIA, Eufrásia Georgina Neto (s.d.) – **Mater Semper Certa Est? A Maternidade de Substituição no ordenamento jurídico português**. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Disponível em [em linha]: www.https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/82448/33988.pdf. Consultado em 20 de setembro.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona (2005) – Os efeitos familiares e sucessórios da Procriação Medicamente Assistida. In **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina.

DECLARAÇÃO CONJUNTA SOBRE PARECER N.º 63 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA: PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA E GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. Disponível em [em linha]: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1335282946-declaraa-a-o-de-voto-conj.pdf>. Consultado em 13 de setembro de 2017.

DELEUZE, G. (s.d.) - **Post-Scriptum sobre as sociedades de controle**. Disponível em [em linha]: www.portalgens.com.br/filosofia. Consultado em 25 de janeiro de 2018.

DIAS, João Álvaro (1996) – **Procriação Medicamente Assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora.

DUARTE, Tiago (2003) – **In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina.

DOLGIN, Janet L. (1990) – Status and Contact in Surrogate Motherhood: an illumination of the surrogacy debate. In **Buffalo Law Review**. N.º 38 (02), pp. 515-550.

FALCÃO, Marta Filipa Geraldês (2015) – Argumentación Jurídico-Sociológica: A favor o contra la maternidade de substitución? Disponível em [em linha]: www.julgar.pt/wp-content/uploads/2015/06/20150606-ARTIGO-JULGAR-argumentação-maternidade-de-substituição.pdf. Consultado em 20 de setembro de 2017.

FARAONI, Alicia Benedetta (2002) – **La maternità Surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina**. Milão: Giuffrè.

FARAONI, Alicia Benedetta (2005) – La Maternità Surrogata. In **Il diritto delle relazioni affettive (nuove responsabilità e nuovi danni)**. Vol. I. Pádua: CEDAM, pp. 644 e ss.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá (2005) – A Procriação Medicamente Assistida e as gerações futuras. **Coletânea Bioética Hoje**. IX. Coimbra: Coimbra Gráfica.

FIELD, M. A. (1988) – **Surrogate Motherhood**. Cambridge: Harvard University Press.

FRYDMAN, René (2017) – **Le Droit de Choisir-Manifeste des Mèdecins et Biologistes de la Procréation Médicale Assistée**. Paris: Seuil.

GALANTE, Fátima (2013) – **A adoção: a identidade pessoal e genética**. Doutoramento em Direito. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa. Edições: VerboJurídico.

GALANTE, Fátima (2017) – A adoção: identidade pessoal e genética. In **Verbo Jurídico**. Disponível em [em linha]: www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/fatimagalante_adopcao-identidadepessoalgenetica.pdf .Consultado em 11 de maio de 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (2003) – **A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar.

GIRAUD, F. (1987) – **Mère Porteuse Et Droits De L´enfant**. Paris: Publisud.

GOBERT, Michelle (1992) – Réflexions Sur Les Sources Du Droit Et Les “Principes” D´indisponibilité Du Corps Humain Et L´état Des Personnes: A Propos De La Maternité De Substitution. In **Revue De Droit Civil**. Paris, - A. 91, n.º 3 (jull. – sep. 1992), pp. 489-528.

GOLDIM, José Roberto (2006) – Maternidade Substitutiva. Disponível em [em linha]: <https://www.ufgs.br/bioética/mastersub.htm> .Consultado em 11 de dezembro de 2017.

GONÇALVES, Carla (2003) – **A Profissionalização da Gestação**. Relatório apresentado à Cadeira de Política e Direito Social Europeus, curso de Mestrado de ciências jurídico-civilísticas. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

GROSSMANN, K. E., e GROSSMANN, K. (2005) – Universality of human social attachment as an adaptive process. In: **C.S. Carter, L. Ahnert, K.E. Grossmann, S.B. Hrdy, M.E. Lamb, S.W. Porges, and N. Sachser (Eds.). Attachment and bonding: A new synthesis**. Dahlem Workshop Report 92 (pp.199-229). Cambridge; MA: The MIT Press.

GUIMARÃES, Hercília (2008) – Procriação Medicamente Assistida com final feliz? Prematuridade e gemelaridade. In **Bioética e Vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, pp. 99-105.

GUIMARÃES, Ana Paula (1999) – **Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Coimbra Editora.

GUTTON, Isabelle (2017) – La gestatione pour autrui en Europe: Législations et institutions. Disponível em [em linha]: <https://babyguest.com/europe/> .Consultado em 20 de novembro de 2017.

GUTTON, Isabelle (2017) - GPA en France: législation, jurisprudence, sanctions et débat. Disponível em [em linha]: <https://babyguest.com/gestatione-pour-autrui-en-france/> .Consultado em 20 novembro de 2017.

GUTTON, Isabelle (2017) – GPA au Royaume-Uni: Legislation Prix et inconvenients. Disponível em [em linha]: <https://babygest.com/royaume-uni/> .Consultado em 20 de novembro de 2017.

HENRIQUES, João Pedro (2010) – Barrigas de aluguer preocupam embaixada de Kiev. In **Diário de Notícias**. 20 de agosto de 2010.

HENRIQUES, Joana Gorjão (2018) – Agências de barrigas de aluguer aliciam clínicas portuguesas. In **Jornal Público**. Ano XXVIII, n.º 10.131, de 15 de janeiro de 2018.

HODER, Harbour Fraser (1997) – The New Fertility – The Promise – And Perils – Of Human Reproductive Technologies. In **Harvard Magazine**. Disponível em [em linha]: <http://harvardmagazine.com/1997/11/fertility.html> Consultado em 26 de setembro de 2017.

HOLLINGER, Joan (1984-1985) – **From Coitus to commerce: legal and social consequences of noncoital reproduction**. In *Journal of Law Reform*. Vol. 18, n.º 4.

IMRIE, S. Jadva e GOLOMBOK, S. (2015) – Surrogate mothers n.º 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child. In **Human Reproduction**. Vol. 30, n.º 2, pp. 373-379.

JUSTO, João Miranda (2008) – A infertilidade do ponto de vista psicológico: origens, funcionamento e consequências. In **Bioética e Vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, pp. 31- 47.

KNOPPERS, B. M.; LEBRIS, S. (2003) – Maternidade de substituição. In **Nova Enciclopédia de Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget.

LA HOUGUE, Claire e ROUX, Caroline (2015) - Maternité de substitution et Droits de L'Homme: Enjeux Humains, Éthiques Et Juridiques. Disponível em [em linha]: www.nomaternity-traffic.eu/wp-content/uploads/2015/09/2015-Contribution-HCCH-No-Maternity-TrafficFR.pdf. Consultado em: 19 de setembro de 2017.

LAURENT, Samuel (2015) – Comment la France évolue sur la gestation pour autrui. In **Le Monde** (20.05.2015). Disponível em [em linha]: www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/20/gpa-pour-y-voir-clair_4636991_4355770.html consultado em 9 de novembro de 2017.

LECLAIR, Agnès (2017) – Une avance pour les opposants à la GPA. Disponível em [em linha]: www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/01/24/01016-20170124ARFIG00355-les-juges-de-la-cedh-confirment-le-non-italien-de-la-gpa.php .Consultado em 21 de novembro de 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira (1995) – **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIMA, Catarina Saraiva e COSTA, Marta (2012) – A Maternidade de Substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. In **Lusíada**. N.º 10, pp. 237 e ss..

LÔBO, Paulo Luiz Neto (2004) – Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In **FARIAS**.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves (1999) – O Direito à identidade genética do ser humano. In **Portugal - Brasil Ano 2000**, Coimbra.

LOUREIRO, João Carlos (2006) – Filho (s) de um gameta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. In **Lex Medicane**. Ano 3, n.º 6 (jul.- dez. 2006). Coimbra: Coimbra Editora.

LOUREIRO, João Carlos (2013) – Outro útero é possível: Civilização (da técnica), corpo e procriação – tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição. In **Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld**. Coimbra: Coimbra Editora.

MADANAMOOHOO, Allane (2012) – Surrogacy In France: An Unlawfull Practice Whose Prohibition Is In Accordance With The Oviedo Convention. In **Lex Medicinae**. Ano 9, n.º 17. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 147-155.

MALTA, João Paulo (2009) – Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Coimbra Almedina.

MARQUES MAGALHÃES, S. (2010) – Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem*. Coimbra: Coimbra Editora.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa (2014) – Baby Business: A indústria internacional da “Barriga de Aluguel” sob a mirada da Convenção de Haia. In **Ridb**. Ano 3, n.º 8. Disponível em [em linha]: www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05767_05806.pdf .Consultado em 21 de novembro de 2017.

MARTINS, António Carvalho (1996) – **Bioética e diagnóstico pré-natal (alguns aspetos jurídicos)**. Coimbra. Coimbra editora, p. 55.

MOREIRA, João Fernandes (2017) – Decreto regulamentar n.º 6/2017 de 31 de julho – Regulamentação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Disponível em [em linha]: <http://bdjur.almedina.net.fartigo.php?id=101> .Consultado em 2 de março de 2018.

MOURA, José Couto de (1998) – Acesso à filiação, procriação medicamente assistida e filiações enxertadas. In **Revista do Ministério Público**. Ano 19º, n.º 73, (jan.- mar.), Lisboa.

NAVARRO, Pablo Pèrez (2017) – Só gerarás para o casal heterossexual. In: **Público**. 17 de abril de 2017, p. 47.

NEVES, Patrão (2008) – Mudam-se os tempos, manda à vontade. In **Estudos do Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina.

NUNES, Rui (2014) – Concorda com a Maternidade de Substituição? In **Boletim da Ordem dos Advogados**. N.º 115, junho.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (1979) – **Estabelecimento da filiação**. Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (1983) – Legislar sobre procriação assistida. In **Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. N.º 2, pp. 73-97.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (1992) – **Mãe há só (uma) duas! – O contrato de gestação**. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Guilherme de (1999) – Legislar sobre Procriação Assistida. In **Temas de Direito da Medicina**. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 49 e ss.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (2005) – Beneficiários da procriação assistida. In **Temas de Direito da Medicina**. 2ª ed. Aumentada. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (2005) - Aspetos jurídicos da Procriação Assistida. In **Temas de Direito da Medicina**. 2ª ed. Aumentada. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (2013) – Restrições de acesso à parentalidade na Medicina de Reprodução. In **Lex Medicinæ**. Ano 10, n.º 20.

OTERO, Paulo (2012) – A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição. In **Direito & Política**. Loures: Paulo Norguês, n.º 1 (dez. – dez. 2012), pp. 82-91.

OSSWALD, Walter (2006) – As técnicas de Procriação Medicamente Assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga). In **Cadernos de Bioética**. Ano XVII, n.º 40 (abril, 2006).

OSSWALD, Walter (2008) – As Técnicas de Procriação Medicamente Assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga). In **Bioética e Vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, pp. 95-97.

PARL, L. Debora (2006) - **Baby Business**. Harvard Business School Press.

PATTO, Pedro Vaz (2011) – Maternidade de Substituição – Um retrocesso Social. In: **Brotéria Cristianismo e Cultura**. Lisboa, vol. 172, n.º 1 (jan. 2011).

PATTO, Pedro Vaz (2012) – O parecer do CNEV sobre as alterações à Lei da PMA. Disponível em [em linha]: <http://jesus-logos.blogspot.pt/2012/04/o-parecer-do-cnev-sobre-as-alteracoes.html> .Consultado em 13 de outubro de 2017, pp. 33-43.

PEREIRA, Maria Margarida Silva (2017) – O conceito de vida familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face ao turismo reprodutivo e maternidade de substituição: A propósito da decisão do Tribunal Pleno de 24 de janeiro de 2017,

Paradiso et Campanelli C. Italie, Queixa n.º 25358/12. In **Julgar**. Coimbra: Coimbra Editora, n.º 32 (mai. – ago. 2017), pp. 261-287.

PEREIRA, Maria Margarida Silva (2017) – Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. In **Julgar Online**, janeiro de 2017.

PEREIRA, Pedro Silva (1989) – O Direito e a Reprodução Artificial. In **Revista Jurídica**. N.º 11-12. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, pp. 39 e ss..

PINHEIRO, Jorge Duarte (2005) – Procriação Medicamente Assistida. **Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. Vol. I. Coimbra: Almedina.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2005) - **O Direito da Família Contemporâneo - Direito da Filiação. Filiação biológica, adotiva e por consentimento não adotivo. Constituição, efeitos e extinção**, Lisboa: AAFDL.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – Mãe Portadora- A problemática da Maternidade de Substituição. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – A necessidade da Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). In **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. Vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 201-214.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) – Critério Biológico e Critério social e afetivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda de menores. In: **Lex Familiae**. Ano 5, n.º 9.

PINHO, Rita Roque de (2012) – Procriação Medicamente Assistida – Liberdade de Escolha. In **Boletim da Ordem dos Advogados**, n.º 87, fevereiro, Lisboa.

PORTUGAL, Gabriela (2003) – **Crianças, Famílias e Creches – Uma Abordagem Ecológica da Adaptação do bebé à Creche**. Porto: Porto Editora.

RAPOSO, Mário (1991) – Procriação Medicamente Assistida – Aspectos éticos e jurídicos. In **Direito da Saúde e Bioética**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas.

RAPOSO, Vera Lúcia (2003) – Maternidad de Substitución. In: **Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal**. Vol. 8 (1).

RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – **De mãe para mãe- Questões legais e éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição**. Coimbra: Coimbra Editora.

RAPOSO, Vera Lúcia (2005) – Direitos Reprodutivos. In **Lex Medicinae**. Ano 2, n.º 3.

RAPOSO, Vera Lúcia e PEREIRA, André (2006) – Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). In **Lex Medicinae**. Ano 3, n.º 6.

RAPOSO, Vera Lúcia (2006) – Comentário à recente Lei espanhola da reprodução assistida. In **Lex Medicinae**. Ano 3, n.º 6. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 153-165.

RAPOSO, Vera Lúcia e DIAS, André (2006) – Primeiras Notas sobre a Lei portuguesa da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). In **Lex Medicinae**. Ano 3, n.º 6. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 89-104.

RAPOSO, Vera Lúcia (2007) – Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais, e das duas mães) – Análise do artigo 6º da Lei n.º 32/2006. In **Lex Medicinae**, Ano 4, n.º 7. Coimbra: Coimbra Editora.

RAPOSO, Vera Lúcia (2012) – Maternidade de Substituição: quando a cegonha chega por contrato. In **Boletim da Ordem dos Advogados**, n.º 88, março.

RAPOSO, Vera Lúcia (2012) – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro***. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

RAPOSO, Vera Lúcia (2016) – “Querido, congelei os óvulos” (sobre o adiamento da reprodução mediante a criopreservação de ovócitos). In **Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**. Vol. 4. Coimbra: Almedina.

RAPOSO, Vera Lúcia (2017) – Tudo o que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Ano 38, n.º 149 (jan.- mar. 2017), pp. 9-51.

RAMOS, H. Vilaça (2012) – Maternidade de Substituição - Perspetiva bioética. In **Brotéria Cristianismo e Cultura**. Lisboa, Vol. 175, n.º 2/3 (ago.- set. 2012), pp. 141-160.

REIS, Rafael Vale e (2008) – **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora.

REIS, Rafael Vale e (2010) – Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - a criminalização do recurso á Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. In **Lex Medicinae**. Ano 7, n.º 13. Coimbra: Coimbra Editora.

REIS, Rafael Vale e (2016) – Erro crasso na Maternidade de Substituição. Disponível em [em linha]: <https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/noticia/erro-crasso-na-materbidade-de-substituicao-1738773> .Consultado em 27 de setembro de 2017.

REIS, Rafael Vale e (2016) – Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida? In **Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**. Vol. IV. Coimbra: Almedina, pp. 159-176.

REIS, Rafael Vale e (2017) – O difícil caminho da Gestação de Substituição em Portugal. Disponível em [em linha]: www.observador.pt/opinião/o-difícil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/ .Consultado em 27 de setembro de 2017.

RENAUD, M. (et. al.) – Declaração Conjunta sobre o Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Março.

ROBERT, Jaques (1984) – La Procrèation Biologique Et Génétique Face Aux Exigences Du Droit. In **Revue Du Droit Public**. N.º 5, p. 1227.

ROBERTO, Adorno (1996) – **La Distinction Juridique Entre Les Personnes Et Les Choses à L'épreuve Des Procréations Artificielles**. Paris: Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence.

ROBERTO, Adorno (1997) – **La Bioéthique Et La Dignité De La Personne**. Paris: Presses Universitaires De France.

SÁ, Eduardo (1993) – Problemas psicológicos da fecundação com o esperma de dador. In **Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. N.º 2. Coimbra, pp. 41-48.

SAUKOSKI, Sayonara (2007) – **Gestão por outrem, aspetos jurídicos**. Coimbra: Coimbra Editora.

SANDBERG, Eugene C. (1989) – **Only an attitude away: the potential of reproductive surrogacy**. Am. J. Obstet: Gynecological Society, June.

SANTOS, Agostinho Almeida (1991) – Procriação Medicamente Assistida – Limites e valores. In **Genética e Pessoa Humana**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética.

SCALASI, Vincenzo (2017) – Maternità Surrogata: come far cose con regole. In **Scritti In Onore di Giovanni Furgiuele**. Tomo II, Mantova: Universitas Studiorum.

SHANNON, T. A. (1988) – **Surrogate Motherhood: The Ethics of Using Human Beings**. New York: Crossroad.

SESTA, Michel (2000) – Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione? **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**. Vol. II.

SILVA, Paula Martinho da (1986) – **A Procriação Artificial. Aspectos jurídicos**. Lisboa: Moraes.

SILVA, Paula Martinho da, e COSTA, Marta (2011) – **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)** Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, Miguel Oliveira da (2012) – Relatório Sobre Procriação medicamente assistida e gravidez de substituição. Conselho Nacional de ética para as ciências da vida (março, 2012). [em linha] disponível em: <http://www.cnecv.pt/.../1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1>. Consultado em 20 de setembro.

SILVA, Miguel Oliveira da (2017) – **Eutanásia, Suicídio ajudado, Barrigas de aluguer. Para um debate de cidadãos**. Lisboa: Caminho.

SINGER, D. e HUNTER, M. (2004) – **Assisted Human Reproduction – Psychological and Ethical Dilemas**. London: Whurr Publishers.

SODESTROM-ANTILLA, V. et. Al. (2016) – Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families – A systematic review. In **Human Reproduction Update**. Vol. 22 (2), pp. 260-276.

SPAR, Debora L. (2006) – **Baby Business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidade**. Boston: Harvard Business School Press, pp. 123-124.

SPAR, Debora L. (2007) – **O Negócio de Bebés – Como o dinheiro, a ciência e a política comandam o comércio da concepção**. Coimbra: Almedina.

SNYDER, Steven H. e BYRN, Mary Patricia (2005) – The use of prebirth parentage orders in surrogacy proceeding. In **Family Law Quarterly**. Vol. 39, n.º 3. Disponível em [em linha]: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=889073. Consultado em 20 de novembro.

STEINBOCK, Bonnie (1992) – **Life Before Birth, the Moral and Legal Status Of Embryos and Fetuses**. New York: Oxford University Press.

STUMPF, Andrea E. (1996) – Redefining Mother: a legal matrix for new reproductive technologies. In **Yale Law Journal**. N.º 96, pp. 187-208.

TATU, Nathacha (2017) – **La Fabrique des bêtès – enquête sur les mères porteuses dans le monde**. Paris: Stock.

TEIXEIRA, Caroline Rocha Pereira (2013) – A Maternidade de Substituição e o conflito de presunção de maternidade certa: estudos de casos. Disponível em [em linha]: <https://revistajuridica.tjdf.jus.br/index.php/rdj/article/view/33> .Consultado em 2 de novembro de 2017.

TRIMMINGS, Katarina et BEAUMONT, Paul (2013) – **International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at International Level**. Oxford and Portland, Oregon, Art Publishing.

VARELA, Antunes (1994-1995) – A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro. In **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra: Coimbra Editora, 127º, N.ºs. 3838-3849.

VICENTE, Dário Moura (2012) – Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional. In **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coord. Marcelo Rebelo de Sousa [et. Al.]. Coimbra, vol. 5º, pp. 607-626.

VIERA, Carla Iva (2014) – Concorda com a Maternidade de Substituição? In **Boletim da Ordem dos Advogados**. Nº 115 (jul. 2014).

VILLELA, João Baptista (1979) – **Desbiologização da Paternidade**. Universidade Federal de Minas Gerais. Separata, n.º 21, maio, Belo Horizonte.

WELTER, Belmiro Pedro (1999) – **Estatuto da União Estável**. Porto Alegre: Síntese, p. 32.

LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Portuguesa
- Código Civil
- Código Penal
- Declaração Universal sobre a Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO
- Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, OVIEDO, 1997
- Convenção Europeia dos Direitos Humanos
- Convenção dos Direitos das Crianças, 1989
- Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias
- Comissão Nacional de Proteção de Dados
- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
- Conferência de Haia de 2012
- Surrogacy Arrangements Act, 1995 (julho, 16)
- Lei n.º 11/2005, de 26 de janeiro
- Lei n.º 34/84, de 24 de março
- Lei n.º 12/93, de 22 de abril
- Lei n.º 14/1990 de 9 de junho
- Lei n.º 17/2016, de 20 de junho
- Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.
- Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto
- Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro

- Decreto-lei n.º 319/86, de 25 de setembro
- Decreto-lei n.º 457/VII, de 1999
- Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de setembro
- Decreto Regulamentar n.º 5/2008
- Decreto Regulamentar n.º n.º 6/2016, de 29 de dezembro
- Decreto regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho
- Projeto de Lei n.º 122/XII/Bloco de Esquerda, 21 de dezembro de 2011
- Projeto de Lei n.º 131/XII/Partido Socialista, 6 de janeiro de 2012
- Projeto de lei n.º 138/XII/ Partido Social Democrata, 11 de janeiro de 2012
- Projeto de lei n.º 278/XII, 13 de setembro de 2012
- Recomendação n.º 146 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa de 1986
- Human Fertilization and Embryology act (novembro, 1) 2004, n.º 40 (norme in materia di procreazione medicalmente assistita)
- Ley 14/2006, de 26 de maio (sobre técnicas de reproducción assistida)
- Loi n.º 94-653, 29 de julho de 1994 (relative au respect du corps humain)
- Loi n.º 94-654, de 29 de julho de 1994 (relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal)

PARECERES

- Parecer n.º 44/CNECV
- Parecer n.º 3/CNE/93
- Parecer n.º 23/CNECV/97
- Parecer n.º 63/CNECV/2012
- Parecer n.º 87/CNECV/2016

- Parecer sobre a Procriação Medicamente Assistida/recurso a Maternidade de Substituição: Conselho Superior do Ministério Público (assunto: Projetos de lei n.º 122/XII/1ª (BE), n.º 127/XII/1ª (BE), n.º 131/XII/1ª (PS), n.º 137/XII/1ª (PS), n.º 138/XII/1ª (PSD)).

JURISPRUDÊNCIA

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

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 101/2009

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 157/05

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 456/03

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 525/03

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 486/04

- Acórdão n.º 101/2009, proc. n.º 963/06 do Tribunal Constitucional. Disponível em [em linha]: http://www.cnpma.org.pt/Docs/legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf. Consultado em 21 de setembro.

- Cour De Cassation, Assemblée Plènière, de 31 de maio de 1991. Disponível em [em linha]: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte> .Consultado em 10 de novembro de 2017.