



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO:

UMA GRAVIDEZ A FAVOR DE OUTREM

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Saara Maria de Souza

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 20120232

Dezembro de 2018

Lisboa

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Eliane, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Não existem palavras para expressar o amor e gratidão que tenho por Ti, meu Deus e meu Pai!

O meu sincero e especial agradecimento à Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, pela preciosa e inestimável orientação, não só com a elaboração da presente dissertação, mas também ao longo de todo o meu percurso académico.

Sem dúvida, foi uma honra!

“Se agirmos com dignidade converteremos a nossa alma à perfeição”.

Bruder Klein

RESUMO

Nas últimas décadas, temos assistido a uma constante evolução da ciência, sobretudo, no campo da biotecnologia, cujos contornos têm influenciado substancialmente ramos fundamentais do Direito, essencialmente, no campo do Direito da Família.

Esta evolução trouxe consigo novas realidades que transformaram os instrumentos jurídicos tradicionais, modificando não só o antigo modelo familiar, mas também o pensamento de uma sociedade quanto a assuntos tão polémicos, como é o caso das técnicas de procriação medicamente assistida e, mais recentemente, da gestação de substituição.

A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, veio admitir no ordenamento jurídico português o acesso à Gestação de Substituição, ainda que a título excecional e em situações específicas de infertilidade, com o intuito de alterar o paradigma de uma sociedade que, até então, criminalizava permanentemente qualquer modalidade de gestação por conta de outrem.

A gestação de substituição é vista como um mecanismo disponível para mulheres com problemas associados ao órgão reprodutor e pode ser entendida como uma mulher solidária e com um nobre espírito altruísta, se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

A aprovação do referido diploma traz à tona diversas questões de cariz ético, social e jurídico, pelo que é nesse ensejo que a presente dissertação de mestrado pretende contribuir para a compreensão do enquadramento jurídico e as controvérsias existentes no instituto da gestação de substituição, bem como destacar a forma gritante como o legislador simplesmente escolheu ignorá-las, evidenciando a invalidade dos contratos de gestação de substituição.

Palavras-chave: Gestação de Substituição; Contrato de Gestação de Substituição; Infertilidade; Procriação Medicamente Assistida.

ABSTRACT

In the last decades, we have witnessed a constant evolution of science, especially in the field of biotechnology, whose contours have substantially influenced fundamental branches of Law, particularly in the field of Family Law.

This evolution has brought with it new realities that have transformed traditional legal instruments, modifying not only the old family model, but also the thinking of society on such controversial subjects as the techniques of medically assisted procreation and, more recently, surrogacy.

Law no. 25/2016, of August 22, admitted in the Portuguese legal system, access to the surrogacy, albeit exceptionally and in specific situations of infertility, with the aim of changing the paradigm of a society that, until then, criminalized permanently any form of pregnancy for others.

Surrogacy is seen as an available mechanism to women with problems associated with the reproductive organ and can be understood as a supportive woman with a noble selfless spirit, is willing to endure pregnancy on behalf of another and to surrender the child after childbirth, renouncing the powers and duties proper to motherhood.

The approval of the mentioned diploma brings up several questions of ethical, social and juridical nature, for which it is in this opportunity that the present master's thesis, intends to contribute to the understanding of the legal framework and the controversies existing in the regulation of the surrogacy, as well as how to highlight the stark way in which the legislator simply chose to ignore them, thus evidencing the invalidity of the surrogacy contracts.

Keywords: Surrogacy; Surrogacy Agreement; Infertility; Medically Assisted Procreation.

ÍNDICE

SIGLAS	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	11
1.1. A infertilidade e as técnicas de procriação medicamente assistidas	12
1.2. A problemática da gestação de substituição	16
1.2.1. A instrumentalização da criança	19
1.2.2. A coisificação da gestante de substituição	21
1.2.3. O direito constitucional de constituir família	24
1.2.4. A comercialização do ser humano?	27
1.3. A gestação de substituição no ordenamento jurídico português	29
1.3.1. Noção	30
1.3.2. Terminologia	31
1.3.3. Panorama jurídico da admissibilidade do contrato	32
1.3.3.1. Os beneficiários e outras contradições	34
1.3.3.2. Os requisitos pessoais	39
1.3.3.3. O anonimato da gestante e de eventuais dadores	41
1.4. O acesso e tramitação processual	44
CAPÍTULO II – DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	46
2.1. A natureza jurídica do contrato de gestação de substituição	47
2.2. O consentimento informado e esclarecido	52
2.3. As cláusulas contratuais	58
2.3.1. Disposições gerais	59
2.3.2. Os direitos das partes	61
2.3.3. Os deveres das partes	63
2.3.4. O regime da resolução contratual	64
2.4. O direito ao arrependimento	67
2.5. O concurso de projeto parental	72
CAPÍTULO III – DO ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO	75
3.1. A supremacia da verdade biológica	76
3.2. O superior interesse da criança	81
3.3. A comercialização do altruísmo	86
3.4. A (in) segurança jurídica	90
3.5. A nulidade do contrato	93
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	106

SIGLAS

Art.º – Artigo

CC – Código Civil

CDHB – Convenção Sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina

Cfr. – Conforme

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP – Constituição da República Portuguesa

FIV – Fertilização *in Vitro*

GS – Gestação de Substituição

LGS – Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto (Lei da Gestação de Substituição)

LPMA – Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida)

N.º – Número

P. – Página

PP. – Páginas

PMA – Procriação Medicamente Assistida

SS. – Seguintes

TC – Tribunal Constitucional

INTRODUÇÃO

A infertilidade é um tema que, infelizmente, assola a vida de muitos casais que tanto desejam ter filhos biológicos. A inovação tecnológica tem contribuído para o suprimento dessas necessidades, permitindo um alcance significativo no que concerne às técnicas de procriação medicamente assistida e bem assim, para a gestação de substituição.

Vulgarmente conhecida como “barrigas de aluguer”, “mães hospedeira” e “maternidade de substituição”, o legislador optou pelo termo “gestação de substituição”, tendo como referência a conduta da mulher que, mediante a celebração de um contrato elaborado e supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), “se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando todos os poderes e direitos próprios da maternidade¹”.

Inicialmente criminalizada pelo legislador, por via do disposto no art.º 8.º da redação dada à Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), a gestação de substituição veio a ser admitida pela primeira vez em Portugal pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, “a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem²”.

O espírito do legislador foi o de aceitar a gestação de substituição, a título gratuito, o qual deve assentar exclusivamente no altruísmo da mulher gestante, que decide e consente, participar num projeto parental assumido pelos beneficiários, impossibilitados de o realizar pelos meios naturais de reprodução.

Mas estes tipos de contratos podem ser considerados válidos?

O contrato de gestação de substituição traz consigo enorme impacto perante a sociedade, principalmente, no âmbito do Direito da Família, atenta às diversas discussões ético-jurídicas que lhe são peculiares e cujas respostas ainda não alcançaram um consenso. Dentre inúmeras questões, destacamos a coisificação da mulher gestante

¹ Cfr. art.º 8.º n.º 1 da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

² Cfr. art.º 8.º n.º 2 da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

que é utilizada como uma mera incubadora para a satisfação da vontade dos beneficiários, a instrumentalização da criança que é alvo de um negócio jurídico e o destino desta, quando existe conflito entre a mulher gestante e os beneficiários, bem como o altruísmo da mulher que é utilizado como argumento para a aceitação desse instituto e para a criação de um verdadeiro mercado de bebés.

Ainda que inserido no âmbito da liberdade contratual, pretendemos esclarecer o regime do contrato de gestação de substituição adotado pelo legislador e suas balizas orientadoras, bem como avaliar a sua admissibilidade e aplicabilidade no ordenamento jurídico, tendo sempre em observação o impacto que este instituto assume na vida de cada um dos seus intervenientes.

O tema aqui em análise é interessante e deve ser encarado com seriedade, pelo que iniciaremos o nosso estudo com análise da problemática que envolve a gestação de substituição, bem como pelo estudo do regime jurídico escolhido pelo legislador e os seus contornos.

Seguidamente, no âmbito do nosso capítulo II, analisaremos os aspetos fundamentais do contrato de gestação de substituição, a começar pela compreensão da sua natureza jurídica, o funcionamento do consentimento informado e esclarecido, bem como o exercício do direito ao arrependimento, muito comum nestes tipos de contrato. Além disso, vamos fazer uma análise geral das cláusulas contratuais incluídas no contrato-tipo aprovado pelo CNPMA.

Por fim, no âmbito do nosso capítulo III vamos procurar compreender o regime do estabelecimento da filiação, tendo em observação a intervenção do Tribunal Constitucional que, no seu Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, declarou inconstitucional algumas disposições prevista na lei da gestação de substituição, havendo uma legítima necessidade de aferir se (e como) está a ser acautelado o superior interesse da criança ou se estamos perante um profundo abismo legislativo que apenas realça o argumento da invalidade do contrato de gestação de substituição.

CAPÍTULO I – DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

No âmbito do presente capítulo, procuraremos conhecer a génese das motivações que levaram ao legislador a olhar atentamente para o desenvolvimento da ciência no campo da biotecnologia e para a infertilidade, que tanto coloca em causa a necessidade biológica de muitas famílias.

Indicaremos os traços fundamentais da gestação de substituição, bem como alguns argumentos utilizados para justificar a aceitação e/ou recusa deste instituto, estabelecendo-se uma relação entre eles e a necessidade de alcançar um entendimento sobre esta problemática.

Não deixarei de acentuar a incompletude e fragilidade da Lei da Gestação de Substituição, aprovada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, tendo em consideração o seu panorama jurídico e as contradições deixadas pelo próprio legislador que só evidenciam o seu despreparo e a invalidade jurídica deste instituto.

Por fim, encerrarei o capítulo a analisar a forma de tramitação do processo de gestação de substituição, bem como todos os requisitos exigidos pela lei e pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, para que seja possível celebrar negócios jurídicos de gestação de substituição.

1.1 A INFERTILIDADE E AS TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDAS

O Homem vive atualmente numa busca incessante por novas descobertas no campo da ciência e o seu principal objetivo tem sido superar-se das mais diversas formas e nas mais diversas modalidades. Em resultado disso, o processo científico, em particular, no âmbito da procriação medicamente assistida (PMA), tem sido alvo de grandes desenvolvimentos, permitindo alterar o processo natural da reprodução humana. Esses avanços merecem todo o seu mérito, mas não podemos deixar de salientar que devem ser avaliados de forma cautelosa.

Como Stela Barbas refere, “a revolução biotecnológica ameaça pôr em causa a identidade genética e fabricar, em laboratório, novos e diferentes seres humanos programados pela Ciência³”, pelo que, a sensibilidade que envolve o tema e o impacto que esta reflete na vida dos seus intervenientes, merecem uma reflexão e deve ser encarada com seriedade.

Com o desenvolvimento da Ciência neste campo, o Direito tem sentido, cada vez mais, a necessidade de acompanhar a realidade de uma sociedade moderna que, em parte, procura alcançar novas soluções para os mais diversos campos, de modo a satisfazer as suas necessidades emergentes. Todavia, os avanços tecnológicos nessa matéria merecem alguma análise cuidada, com uma devida ponderação das consequências associadas à sua aplicabilidade⁴.

A infertilidade constitui um grande vilão na vida de muitos casais que desejam vivenciar a experiência de serem pais. Essa problemática sempre esteve presente na história da humanidade, constando inclusive de vários exemplos bíblicos⁵, que demonstram que a infertilidade, já naquele tempo, afligia muitas mulheres. Esta situação era devastadora, visto que a infertilidade era considerada uma maldição na vida da

³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **O Direito da Família Português: algumas características**. p. 72.

⁴ Nesse sentido, incumbe ao Estado garantir a sua regulamentação, de modo a evitar que sejam contra a dignidade da pessoa humana, conforme disposto na al. e) do n.º 2 do art.º 67.º da Constituição da República Portuguesa, encontrando ainda relevo no âmbito do art.º 1.º e n.º 3 do art.º 26.º, ambos da CRP.

⁵ É o caso de Sara (Genesis 16), Rebeca (Genesis 25), Raquel (Genesis 29), Ana (1ª Samuel 1) e Isabel (Lucas 1).

mulher, acarretando para si mesma, vários sentimentos negativos, como o de incapacidade, angústia e tristeza.

Com efeito, o número de casos de infertilidade tem aumentado ao longo do tempo, tornando-se tal temática uma prioridade, não só como um anseio da ciência em superar-se, mas também como uma forma de superação daqueles que enfrentam a infertilidade como um vilão que veio travar a sua forma natural de reprodução.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define infertilidade como “uma doença do sistema reprodutivo traduzida na incapacidade de obter uma gravidez após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares e sem uso de contraceção⁶”.

A infertilidade divide-se, sucintamente, em duas modalidades: a infertilidade absoluta e a infertilidade relativa. O primeiro caso, também conhecido como esterilidade, corresponde aos casos irreversíveis em que, para ultrapassá-las, será necessário o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida. No segundo caso, também conhecida como hipofertilidade, diz respeito às situações de infertilidades de causa inexplicada, pelo que, em alguns casos, será necessário o recurso a terapêuticas tradicionais para a conclusão da concepção⁷.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciência da Vida (CNECV) relembra que a taxa de infertilidade paira sobre os casais jovens, estando presente fatores inerentes à sociedade moderna (como é o caso de mulheres que engravidam, cada vez mais tarde, procurando, primeiramente, a sua realização profissional) e, ainda, fatores ambientais tais como a “poluição, tabaco, stress, contraceptivos, prática de abortos clandestinos, doenças sexualmente transmissíveis e fatores emocionais⁸”.

Assim, e com o passar dos tempos, a ciência começou a se desenvolver, permitindo que tal impossibilidade fosse ultrapassada de diversos modos, consoante for o caso e a necessidade de cada um. As técnicas de PMA vieram deter o vilão das vidas dos casais com problemas de infertilidade, disponibilizando recursos alternativos que permitam contornar esse fenómeno que, até então, parecia inultrapassável.

⁶ Conforme definição dada pelo Glossary of assisted reproductive technology terminology. [Em Linha] [Consult. 02 de Maio de 2018]. Disponível em http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2.pdf?ua=1.

⁷ Parecer 3/CNECV/1993 do Conselho Nacional de Ética para as Ciência da Vida, p. 1.

⁸ *Idem – Ibidem*.

Em Portugal, o legislador reconheceu essa nova realidade e tem vindo, cada vez mais, a adotar, no seu ordenamento jurídico, a possibilidade de recurso às técnicas de PMA àqueles que necessitam das mesmas para a reprodução.

A entrada em vigor da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (doravante LPMA), veio regulamentar a utilização de técnicas de PMA, tendo sido consagradas como técnicas: a inseminação artificial⁹; fertilização *in vitro*¹⁰; injeção intracitoplasmática de espermatozoides¹¹; transferência de embriões, gâmetas ou zigotos¹²; diagnóstico genético pré-implantação¹³; e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalente ou subsidiárias¹⁴.

O CNECV já há mais de 25 anos, que alerta para a aplicação destas tecnologias, colocando-nos a refletir sobre “o tipo de homem que queremos plasmar para o futuro, sobre os limites a impor aos novos poderes que a ciência nos dá, sobre a unidade e estabilidade da família, assim como sobre a ordem científica e tecnológica da sociedade em que vivemos¹⁵”. Esta reflexão assenta na urgência de se obter um consenso quanto às diferentes questões filosóficas e éticas que pairam sobre o tema.

Contudo, não podemos deixar de referir que a dignidade da pessoa humana assume um valor supremo, que visa assegurar não só uma condição mínima de sobrevivência humana, como também proteger tudo aquilo que lhe é fundamental enquanto pessoa inserida numa sociedade, servindo como bússola orientadora, que norteia o respeito pela pessoa humana, nas suas mais diversas formas.

⁹ Esta técnica consiste na transferência para o interior do aparelho genital feminino, o espermatozoide previamente recolhido.

¹⁰ A fertilização *in vitro*, consiste na união efetuada em laboratório, do ovócito com o espermatozoide, para posteriormente, ser inserido no útero materno.

¹¹ Esta técnica conhecida como *Intracytoplasmic Sperm Injection* (ICSI), esta incluída no âmbito da fertilização *in vitro* e consiste na injeção direta nos ovócitos (previamente recolhidos), dos melhores espermatozoides identificados pelo laboratório, com vista à fecundação e a formação de embriões.

¹² Conhecido como TET, GIFT e ZIFT, estas técnicas consistem na recolha e tratamento prévio de ovócitos e espermatozoides, procedendo a sua transferência para uma ou ambas as trompas de Falópio, podendo ser previamente utilizada a técnica de fertilização *in vitro*.

¹³ O art.º 28.º n.º 1 da Lei da PMA dispõe que “o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher”.

¹⁴ Art.º 2 da Lei da PMA, na redação dada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho; Nesse sentido, vide Relatório sobre a Procriação Medicamente Assistida do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pag. 8-12. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf

¹⁵ Parecer 3/CNECV/1993 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, p. 1.

Assim, o recurso às técnicas de PMA ou qualquer outra biotecnologia, não pode ser instrumentalizado ou sobreposto à primazia da pessoa humana, sendo certo que estas devem estar alicerçadas sob princípios estruturantes, como a dignidade da pessoa humana, devendo ser ainda rejeitada qualquer forma de discriminação¹⁶.

Para o CNECV, isto significa que “a aplicação das técnicas de PMA deve, assim, valorizar-se a condição do *ser* que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade, é quem é mais carecido de proteção¹⁷”, acautelando, primeiramente, a dignidade da pessoa humana, enquanto ser livre e digno, dotado de um conjunto de direitos que lhes são atribuídos e que são invioláveis.

É deste modo que o art.º 4.º da LPMA veio consagrar o carácter subsidiário das técnicas de procriação medicamente assistida, frisando que estas, não consistem em meios alternativos à procriação. A preocupação no referido preceituado, consiste em esclarecer, que não se pode confundir as técnicas de PMA como uma segunda opção ao meio tradicional de reprodução, disponível para as pessoas. Pelo contrário, as técnicas de PMA devem ser encaradas com seriedade e como um recurso paliativo, sendo certo que este método, destina-se, exclusivamente, àqueles que se encontram em algumas das situações de infertilidade.

¹⁶ *Cfr.* art.º 1.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina, além de encontrar também o seu fundamento no art.º 1.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁷ Parecer 87/CNECV/2016 do Conselho Nacional de Ética para as Ciência da Vida, p. 11.

1.2 A PROBLEMÁTICA DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Deixando de parte a questão da infertilidade e das técnicas de procriação medicamente assistidas, o presente estudo tem como ponto fulcral o fenómeno da gestação de substituição que, desde séculos, tem gerado grande controvérsia entre as sociedades.

Sem prejuízo de posteriormente esmiuçar melhor a definição de gestação de substituição, a lei define-a sucintamente como uma mulher que se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade¹⁸.

A própria Bíblia nos relata o caso de Abraão e Sara que, impossibilitada de gerar um filho, solicita ao seu marido Abraão, que tome por mulher a sua escrava egípcia Agar, para que esta gere um filho, que seria considerado como sendo do casal¹⁹²⁰.

A discussão em torno da gestação de substituição também não alcançou um consenso em vários ordenamentos jurídicos, que se dividem sob três orientações diferentes: a) aqueles que proíbem manifestamente qualquer forma de GS; b) aqueles que aceitam qualquer modalidade da GS; c) aqueles que apenas admitem a gestação de substituição a título gratuito e sob condições restritas.

A proibição da gestação de substituição é uma característica própria dos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, dos quais destacamos a Espanha²¹, França²², Alemanha, Suíça, Itália²³ e Áustria.

¹⁸ Artigo 8.º n.º 1 da Lei 32/2006, de 26 de Julho, na redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

¹⁹ Contudo e a título de curiosidade, salientamos que o filho gerado por Agar, a quem Deus colocou o nome de Ismael, foi criado por sua mãe biológica e não por Sara, contando ainda com a presença do seu pai biológico Abraão. Deste modo, ainda que a intenção fosse uma gestação de substituição, tal não se concretizou, pelo que enquadrámos um caso de adultério, ainda que consentido pelo cônjuge.

²⁰ **Bíblia Sagrada**, Livro de Genesis, Cap. 16-25.

²¹ Cfr. n.º 1 do art.º 10.º da Ley 14/2006, de 26 de Mayo que afirma que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

²² Cfr. Code Civil, article 16-7 “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle”. [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em

Existe um segundo grupo, que se reporta àqueles que admitem abertamente o contrato de gestação de substituição – tanto a título gratuito, como a título oneroso – dos quais destacamos os Estados da Califórnia e Illinois, bem como a Índia e o Nepal, onde, aliás, a tendência tem vindo a ser alterada nos últimos anos, com uma maior dificuldade de acesso, transformando assim a posição liberalista inicialmente adotada.

Destacamos também, a posição intermédia adotada pelo Reino Unido²⁴, Canadá e Grécia²⁵. O Reino Unido e a Grécia proíbem a gestação genética, pelo que a criança deve ser concebida com gâmetas de, pelo menos, um dos beneficiários, sendo certo que na Grécia, a gestação de substituição apenas pode ser iniciado após devida autorização judicial.

No Brasil²⁶, não existe uma norma expressa a admitir a gestação de substituição. A sua viabilidade decorre da Resolução n.º 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina (CFM) que admite o recurso às técnicas de reprodução assistida no âmbito da gestação de substituição. O seu acesso é permitido por pessoas solteiras e ainda, a relacionamentos homoafetivos, em resultado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que consagrou a união estável homoafetiva como entidade familiar.

Com efeito, além do consentimento e da celebração de um contrato celebrado entre as partes, é também pressuposto para a sua admissibilidade, a existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação por parte da mulher beneficiária, exceto nos casos de união homoafetiva, sendo certo que a gestante de substituição deve pertencer ao núcleo da família de um dos beneficiários, num parentesco sanguíneo até o quarto grau, tendo como limite de idade os 50 anos.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419302&cidTexte=LEGITEXT000006070721>

²³ Cfr. art.º 12 n.º 6 da Legge 19 febbraio 2004, n. 40 que consagra “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”. [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>

²⁴ Cfr. The Surrogacy Arrangements Act 1985 e Human Fertilisation and Embryology Act 2008. [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk>

²⁵ Cfr. Law 3305/2005 (“Enforcement of Medically Assisted Reproduction”) e art.º 1458 do Código Civil grego.

²⁶ Cfr. Resolução n.º 2.013/2013, do CFM [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013_2013.pdf

Já em Portugal, a gestação de substituição foi inicialmente introduzida pela redação dada pela LPMA, que criminalizava o contrato de gestação de substituição, gratuito ou oneroso e qualquer outro ato nesse sentido.

O seu art.º 8.º consagrava expressamente a nulidade dos negócios jurídicos celebrados para esse fim e definia a 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”. Além disso, o n.º 3 do referido preceituado estipulava que a mulher que suportasse uma gravidez de substituição a favor de outrem, seria considerada para todos os efeitos legais, como a mãe da futura criança.

Ora, tal preceito sempre causou muita controvérsia, na medida em que, por um lado, existe um leque de casais que invocam o direito de constituir família, consagrado constitucionalmente (art.º 36.º da CRP) e afirmam necessitar deste instituto para poder ter filhos biológicos e, por outro lado, existe um grupo de autores que discutem a validade do contrato de gestação de substituição, quando este é confrontado com direitos inerentes à pessoa da gestante e da criança.

Em virtude das diversas tentativas de implementação desse modelo no ordenamento jurídico português, especulou-se muito sobre essa matéria e aquilo que deveria ser, ou não ser, o modelo a adotar, tendo em consideração a problemática que envolve a gestação de substituição. Como tal, é indiscutível que a gestação de substituição se revela um tema complexo, na medida em que desperta discussões de cariz ético-jurídico, pelo que não podemos deixar de realçar algumas delas, para melhor compreensão do tema aqui em análise.

1.2.1 A instrumentalização da criança

No âmbito dos argumentos contra a gestação de substituição está em causa, acima de tudo, a necessidade de aferir se estamos a utilizar a criança como um instrumento de satisfação das necessidades do casal, sem que para tanto, lhe seja dada qualquer opção de escolha, tendo em observação que ela poderá não querer viver esta situação.

Quer isto dizer, que a vontade da criança é lançada em segundo plano para satisfação dos desejos daqueles que planejaram o seu nascimento.

A este propósito, o CNECV salienta que qualquer técnica de PMA deve estar assente em princípios éticos fundamentais, tais como a não instrumentalização da pessoa humana. Por outras palavras, a decisão de recorrer a estas técnicas, não pode estar alicerçada em função dos pais, para que estes possam resolver problemas pessoais, sejam eles quais forem, mas antes, fundada no amor²⁷.

Em primeiro lugar, evidenciamos a discussão que gera em torno das motivações que levam um casal assumir um projeto parental, nomeadamente, se se trata de razões fundada em motivos que são alheios à própria criança e que coloquem em risco os seus interesses.

A nosso ver, não existe uma forma de comprovar que tal motivação será exclusivamente baseada no amor, visto que os beneficiários poderão omitir situações que dizem respeito à sua intimidade e que poderão simplesmente ocultar. Exemplo disso, será o caso de o casal de beneficiários estar a tentar ultrapassar alguma crise financeira ou de infidelidade por parte de algum elemento do casal, que poderá colocar em causa a estabilidade do seio familiar. Acresce ainda, que seria expectável que o casal beneficiário quisesse omitir qualquer tipo de conflito que possa existir, por se entender que se trata de assuntos íntimos do casal e de difícil partilha com terceiros.

Vera Lúcia Raposo entende que, a gestação de substituição ainda que altruísta, a criança é sempre utilizada como um instrumento para “a realização de fins que lhe são estranhos²⁸” logo, contrário à dignidade da pessoa humana. A autora ainda reforça esta

²⁷ Parecer 3/CNECV/1993 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, p. 8.

²⁸ RAPOSO, Vera Lúcia – **De Mãe para Mãe** - *Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, p. 47.

ideia, ao afirmar que tal criança “virá seguramente padecer consequências psicológicas nocivas, dado o invulgar circunstancialismo que a rodeou”²⁹.

Contudo, a autora também relembra que no âmbito do processo de adoção (tal como pode acontecer na gestação de substituição) existe a possibilidade de lesão dos direitos da criança em termos psicológicos, e como tal, esse nunca foi um motivo para a sua proibição³⁰.

Quanto a esta “lesão psicológica”, sabemos que é notório na sociedade em que vivemos, a traumatização de uma criança pode ser – e muito – influenciada pelo seio familiar em que está inserida, visto que existem outros fatores³¹ que podem contribuir para esta realidade. Todavia, entendemos que não se pode equiparar o instituto da adoção com o regime da gestação de substituição, visto que, ao contrário do que ocorre com a gestação de substituição, na adoção temos muitas crianças abandonadas e como bem refere José Oliveira Ascensão, trata-se de um “meio privilegiado, pois cria através de laços de dedicação, os vínculos de paternidade que naturalmente não foi possível constituir”³²,

Em todo o caso, entendemos que o instituto da gestação de substituição inevitavelmente instrumentaliza a criança, tendo em consideração que a mesma surge enquanto sujeito de um contrato, para a satisfação de um desejo dos beneficiários e cujo resultado poderá implicar no seu abandono, tanto pelos beneficiários como pela gestante ou, em sentido contrário, poderá resultar na disputa sobre “quem ficará com a criança”.

No fundo, estamos perante o dogma da vontade³³, onde os interesses dos beneficiários sobrepõem-se aos da criança, por ser entendido como um direito subjetivo absoluto, esquecendo-se que do outro lado, existe um nascituro, isto é, existe vida dotada identidade única e de personalidade jurídica, pelo que não poderá ser diminuída em prol de uma incapacidade reprodutiva.

²⁹ *Idem*, p. 48.

³⁰ *Idem – Ibidem*.

³¹ Exemplo de crianças que presenciam a violência doméstica no seio familiar, abuso sexual, discriminação, etc...

³² ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética, p. 19.

³³ *Cfr.* Diogo Leite de Campos que também evidencia “o *nós* solidário apagado pelo *eu* absoluto, predador do *tu*” fruto da exclusão de qualquer sentimento de solidariedade perante o próximo. *Vide* CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito** in Estudos de Direito da Bioética, p. 80.

1.2.2 A coisificação da gestante de substituição

Outro argumento utilizado contra a gestação de substituição é o de que estamos perante um contrato celebrado que transforma a mulher numa “coisa”, um objeto.

Em primeiro lugar, é necessário realçar que não vamos socorrer-nos da expressão “mãe de substituição” para referir a gestante de substituição, por se entender que o termo “mãe”, tem um significado muito mais abrangente, não podendo confundir-se a sua posição, com a mulher que apenas irá levar a termo a gestação.

No âmbito da gestação de substituição, surge a discussão sobre a instrumentalização do corpo da mulher e no modo em que a mesma é vista como uma ferramenta para alcançar um fim: um bebé. Por outras palavras, o corpo humano consiste num instrumento disponível, e tal conduta consubstancia numa violação da dignidade da pessoa humana, por resultar na comercialização do útero de uma mulher, para que seja satisfeita uma vontade pessoal de terceiros.

As autoras Marta Costa e Catarina Saraiva Lima entendem que, no âmbito da gestação de substituição, “a disposição do corpo compreende atos tão íntimos como doação de óvulos e sémen, de cabelo, de sangue, de medula, de pele, de órgãos – todos permitidos em Portugal³⁴”, e questionam-se, se estamos perante uma criminalização fundada na ofensa aos bons costumes, ou se estamos perante questões de cariz moral e religioso.

Vera Lúcia Raposo remete esta temática para o princípio da autonomia pessoal, ao afirmar que “de acordo com este princípio, cada pessoa é livre de escolher como conduz a sua vida e utiliza o seu corpo, desde que com isso não lese outros³⁵”, ou seja, no âmbito da gestação de substituição, as pessoas devem ser livres para disponibilizar, tal como a autora refere, os seus “serviços reprodutivos” a terceiros, desde que, para isso, não prejudique outras pessoas.

Benedita Mac Crorie entende haver um uso abusivo do princípio da dignidade e considera que esta deve estar associada à “autonomia ética da pessoa e que o

³⁴ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva – **A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade**, p. 266.

³⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – **De Mãe para Mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**, p. 47.

reconhecimento dessa autonomia se deve traduzir na possibilidade de ser a própria pessoa, pelo menos em grande medida, a definir quando está ou não a ser instrumentalizada³⁶,”

Em sentido contrário, o Parlamento Europeu é transparente quanto a sua posição, quando afirma que “condena a prática de gestação de substituição, que compromete a dignidade humana da mulher, uma vez que o seu corpo e as suas funções reprodutivas são utilizados como mercadoria; considera que a prática de gestação de substituição, que implica a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para obter ganhos financeiros ou outros, em particular, o caso de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos³⁷”.

No prisma do direito constitucional, a Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) fundamenta a sua tutela da personalidade jurídica em diversos preceitos, os quais estão, intimamente ligados com a dignidade da pessoa humana.

Alguns exemplos são: o princípio da igualdade³⁸, direito à vida humana³⁹, direito à liberdade e segurança⁴⁰, bem como outros direitos fundamentais, associados à pessoa humana, consagradas no art.º 26.º da CRP, como é o caso do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem, reserva da intimidade da vida privada e familiar, e inclusive, contra quaisquer outras formas de discriminação⁴¹.

Paulo Otero, em defesa da ideia kantiana, entende que o fim não justifica o meio. Ainda que se aceite o contrato de gestação de substituição gratuito, a mulher é sempre reduzida a uma coisa, um objeto, e ainda, reduzida a uma simples incubadora⁴². Gérard Mémeteau defende que “a pessoa humana não pode ser cedida nem a título gratuito nem

³⁶ CRORIE, Benedita Mac – **O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida** in Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, p. 58.

³⁷ RESOLUÇÃO do Parlamento Europeu sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União. [Em Linha] [Consult. 14 de Jun. 2018]. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2015-0470>.

³⁸ art.º 13.º da CRP.

³⁹ art.º 24.º da CRP.

⁴⁰ art.º 27.º da CRP.

⁴¹ Neste preceito, o legislador deixou em aberto, a proteção de quaisquer outras formas de discriminação que atentam contra a dignidade da pessoa humana.

⁴² OTERO, Paulo – **A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição**, p. 85.

a título oneroso⁴³”. Estrela Chaby, no mesmo sentido, afirma que não se trata da instrumentalização do corpo da mulher, mas antes, da instrumentalização da vida da mulher, por decorrer da “utilização de todo o corpo, durante a plenitude do tempo que dura a gestação⁴⁴”.

A nosso ver, abordar o tema da coisificação da gestante de substituição causa alguma repulsa, na medida em que, à luz da dignidade da pessoa humana, esta ideia é extremamente contrária aos bons costumes e remete-nos à história das civilizações, onde a pessoa humana, não era considerado um *ser* digno, dotado de liberdade e igualdade. O que é, extremamente inconcebível.

Num segundo prisma, destacamos também Vera Lúcia Raposo que afirma que a mulher gestante “deixa de ser tratada como pessoa, para passar a mera incubadora dos filhos de terceiros⁴⁵”, na medida em que esta, deixa de ter o controlo sobre a sua vida e passa a estar regulada pelas orientações do casal contratante. Quer isto dizer que, a gestante de substituição receberá, inevitavelmente, orientações sobre os seus horários, alimentação, comportamentos e tratamentos a que se deve submeter⁴⁶, ou seja, a liberdade da grávida de substituição fica temporariamente restringida e condicionada, durante a vigência do contrato, às vontades dos pais contratantes.

É neste momento que a gestação de substituição é entendida como prejudicial, visto que, impor determinados comportamentos a alguém, é privar essa mesma pessoa de direitos essenciais, universais e irrenunciáveis, como a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual inerente a todos os seres humanos.

A autora Estrela Chaby destaca que a gravidez não deve ser vista como uma “condição médica”, pelo contrário, deve ser entendida como “um estado, durante o qual

⁴³ MÉMETEU, Gérard *apud* COSTA, Amélia – **Perspectiva jurídica de um acto de amor: a procriação assistida**, p. 134.

⁴⁴ CHABY, Estrela – **Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem** *In* Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, p. 354.

⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – **De Mãe para Mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**, p. 49.

⁴⁶ *Idem – Ibidem.*

a mulher mantém e utiliza a sua liberdade de viver, enquanto ser digno e autónomo, como em sua consciência bem entender⁴⁷”.

Sabemos que a gravidez não é de todo algo impeditivo e/ou restritivo, no sentido em que a mulher, pode perfeitamente, manter a sua liberdade de autodeterminação e prosseguir com as atividades que desenvolvia anteriormente, desde que assegure o bem-estar da criança.

Contudo, ainda que a lei impeça qualquer restrição ao comportamento da gestante, estaríamos a ser ingénuos ao acreditar que, na prática, o casal beneficiário, ficaria omissos perante determinados comportamentos, que considere nocivos à vida da criança, mas que a gestante é livre para fazer, visto que não está a incorrer em qualquer incumprimento contratual. Exemplo disso, será o consumo de bebidas alcoólicas ou a continuidade de certos hábitos diários, tais como cigarros ou outros estupefacientes. Tal postura é acentuada quando a gestante é um familiar, em que existe uma constante convivência que evidencia a prática desses mesmos hábitos, que o casal beneficiário pode não “aprovar”.

Entendemos, pois, que existe um limite para a vontade subjetiva, sendo que o instituto da gestação de substituição agride a dignidade da mulher gestante, na medida em que as suas funções reprodutivas são tratadas como um objeto, vinculado a um contrato que prevê um conjunto de obrigações que esta deverá submeter-se, para a satisfação de vontades alheias.

1.2.3 O direito constitucional de constituir família

Alguns autores defendem que a admissibilidade da gestação de substituição está assegurada, por força do direito constitucionalmente consagrado de constituir família, na forma do livre exercício da liberdade de procriar, ainda que limitado pelo superior interesse da criança que irá nascer.

O art.º 36.º n.º 1, da CRP, consagra que “todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, sendo que o seu art.º 67.º n.º 1 prevê a família como um “elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da

⁴⁷ CHABY, Estrela – **Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem** In Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, p. 355.

sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

Deste modo, alguns autores entendem que, em caso de infertilidade, o Estado deve assegurar o direito de recorrer às técnicas de PMA, ainda que para tanto, a gestação seja exercida por outra mulher, pelo que qualquer forma de violação desse direito, deve ser devidamente justificada, com interesses igualmente constitucionais, devendo ser respeitados princípios basilares, como o da dignidade, proporcionalidade e adequação.

Para Jorge Duarte Pinheiro, o direito de constituir família abrange o direito de procriar e o direito de constituir um vínculo de filiação, sendo que o primeiro “confere ao seu titular, liberdade de procriar ou de não procriar⁴⁸”, e o segundo consiste no “direito de ver reconhecida juridicamente a qualidade de pai ou de filho de certa pessoa⁴⁹”.

Vera Lúcia Raposo relembra que o direito a constituir família pode ter vários sentidos, nomeadamente, acolher o mesmo significado de direito à reprodução, ou o reconhecimento de vínculos familiares ou, então, fala-se de direito ao matrimónio, sendo o seu entendimento, que o termo família, engloba “não apenas o matrimónio, mas também a procriação, livre de obstáculos ao estabelecimento da filiação⁵⁰”.

Para Guilherme Freire Falcão de Oliveira, tal preceito apenas consubstancia no “compromisso do legislador ordinário de organizar os meios idóneos para que todos, sem discriminação, possam obter o reconhecimento dos seus vínculos familiares⁵¹”.

Mas, o direito de constituir família concede a todos, sem restrições, o direito de recorrer às técnicas de PMA?

Vera Lúcia Raposo entende que “no atual horizonte jurídico-social, a norma terá que ser entendida como a consagração, não só de um direito à procriação pela via puramente biológica, como também de um direito à utilização dos meios científicos

⁴⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo** – Lições. 4.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 216.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – **De Mãe para Mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**, p. 75.

⁵¹ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 50.

aptos à procriação, isto é, um direito de acesso às soluções desenhadas pela ciência e pela técnica, desde que não vedadas pela lei⁵²”.

O Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional afirmou que a “PMA poderá porventura ser considerada, ainda, uma forma de exercício do direito fundamental a constituir família, previsto no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição” e reconheceu “a dificuldade de compreensão desta questão no quadro jurídico, que decorre do disposto no art.º 36.º, n.º 1, apenas poderá significar que não é líquido que a procriação heteróloga seja uma solução constitucionalmente imposta, o que não implica que ela deva ser tida como contrária à Constituição”⁵³.

Diogo Leite Campos afirma que “devemos aceitar que há limites ao ser humano; que este, mesmo com o apoio da técnica, não os pode ultrapassar a todos; uns, em si mesmos, os outros pelo respeito que há por valores mais importantes⁵⁴”.

Jorge Duarte Pinheiro destaca o caráter subsidiário da procriação medicamente assistida e entende que “o princípio da dignidade da pessoa humana, adverso à instrumentalização do ser humano e da sua faculdade reprodutiva, opõe-se à utilização da procriação assistida como um processo normal, incondicionalmente alternativo à procriação através de relações sexuais⁵⁵”, pelo que o seu recurso deve ser entendido como subsidiário e alternativo, por exemplo, como forma de evitar anomalias genéticas ou a transmissão do vírus de doenças genéticas. O autor entende que “uma atitude demasiado liberal repercute-se numa vulgarização do fenómeno reprodutivo, que simboliza cedência perante interesses económicos da indústria da procriação ou indiferença perante o risco de comercialização da conceção, da gestação e das próprias crianças⁵⁶”.

A nosso ver, ainda que se compreenda o desejo de muitos casais de terem filhos biológicos, a verdade é que a gestação de substituição não pode ser enquadrada no âmbito das técnicas de PMA, mas antes, como um fenómeno distinto em que, para a sua

⁵² RAPOSO, Vera Lúcia – **De Mãe para Mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**, p. 76.

⁵³ Cfr. Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série II – n.º 64 de 01 de Abril de 2009. [Em Linha]. [Consult. 26 de Jun. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/1143211>

⁵⁴ CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito** in Estudos de Direito da Bioética, p. 85.

⁵⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo** – Lições. 4.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 219.

⁵⁶ *Idem.*

viabilização, é necessária a utilização dessas técnicas. Além disso e, como veremos no âmbito do presente estudo, existem alguns limites a serem respeitados, nomeadamente, quando o desejo do casal beneficiário só é concretizável com a instrumentalização de um terceiro, acrescentando ainda, outras dúvidas quanto aos contornos jurídicos, ético e moral deste instituto e que estão longe de alcançar argumentos que sustentem a sua validade.

1.2.4 A comercialização do ser humano?

A criança não é uma coisa. Ainda que alguns países, adotem a versão onerosa da gestação de substituição, é certo que o pagamento de uma determinada quantia em troca de uma criança, causa algum desconforto para aqueles que defendem a pessoa humana, como um *ser* supremo e dotado de dignidade, sendo esta temática a que mais causou controvérsia no seio da comunidade jurídica nos últimos anos.

A gestação de substituição poderá estar assente num contrato a título gratuito ou a título oneroso. O primeiro caso ocorre por altruísmo da mulher gestante, onde esta apenas recebe o reembolso das despesas indispensáveis inerentes à gravidez e transporte e, no último caso, a gestante de substituição recebe o pagamento de uma determinada quantia pelo serviço prestado ao casal contratante, incluindo o reembolso de todas as despesas suportadas com a gestação. Como tal, toda a polémica que envolve o tema da gestação de substituição tem-se baseado, maioritariamente, na repulsa pelo pagamento do “serviço prestado”, pelo que tem sido unânime entre diversos autores, a rejeição da gestação de substituição assente nessa modalidade.

Do ponto de vista de Jorge Duarte Pinheiro “a gestação e entrega de uma pessoa, a troco de dinheiro atenta contra o valor da dignidade humana: a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objeto, ao resultado de uma atividade⁵⁷”.

Nesta linha de raciocínio, Guilherme Freire Falcão de Oliveira coloca em primeiro lugar, o valor da dignidade humana constitucionalmente consagrado e entende que “a gestação e entrega do filho, a troco de dinheiro, afeta a dignidade da mulher que vende a

⁵⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora** – a problemática da maternidade de substituição, p. 334.

sua capacidade reprodutora; e a dignidade do filho que é avaliado em dinheiro e trocado por uma certa quantia⁵⁸”.

Além disso, argumenta-se que a onerosidade do contrato de gestação de substituição, poderia implicar na exploração de mulheres carentiadas, que possam socorrer-se desta via para obter algum lucro, podendo ainda, a nível de concorrência de mercado, resultar na tabulação de preços para o “serviço” e no abuso de poder, para àquelas que necessitam da gestação de substituição para gerar um filho.

Stela Barbas afirma que “o ser humano (a criança produzida) não pode ser objecto de contrato, nem sequer por analogia com a adopção uma vez que neste caso a criança é ela própria (por representação) sujeito do contrato de adopção⁵⁹”.

A possibilidade de um “mercado de bebés⁶⁰” e a existência de “um mercado aberto, com regras estabelecidas e bem conhecidas⁶¹”, não pode ser admitida, por contrária à dignidade da pessoa humana, sendo certo que não podemos deixar de realçar a obscuridade que envolve esta temática, lembrando que, se encontram inerentes a todo o processo, três partes de fragilidade extrema, na sua própria essência: o casal com problema de fertilidade (que não conseguem conceber de forma natural), a gestante de substituição que, por motivações económicas, poderá obter vantagem patrimonial e, por último, mas de extrema importância, temos a futura criança, frágil por natureza, que, como veremos mais adiante, está revestida – a todos os níveis - de protecção especial.

⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 45.

⁵⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**, p. 156.

⁶⁰ Landes e Posner *apud* OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 15-16.

⁶¹ Com esta ideia, o autor pretendeu afirmar que os prejuízos inerentes a um tráfico clandestino seriam superiores àqueles do mercado regulamentado. *Idem*, p. 16.

1.3 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Foram várias as tentativas de legislação no âmbito da gestação de substituição, sendo certo que o legislador, até então, não tinha encontrado um consenso que permitisse a sua viabilidade. Mas foi com o Projeto de Lei 183/XIII da autoria do Bloco de Esquerda, que a gestação de substituição veio a ser novamente discutida, tendo sido inicialmente aprovada em votação final global pelos deputados. No entanto, o Presidente da República considerou que, o Decreto da Assembleia da República n.º 27/XIII (1.^a) que regula o acesso à gestação de substituição, não responde a maioria das questões e orientações dadas pelo CNECV e que se traduzem em condições cumulativas e indispensáveis para a admissibilidade da gestação de substituição, constantes do seu Parecer 63/CNECV/2012 de 26 de Março de 2012, bem como do Parecer 87/CNECV/2016, de 11 de Março de 2016.

Decide, assim, devolver o referido diploma à Assembleia da República, sem promulgação. Posteriormente, o Bloco de Esquerda apresentou uma nova proposta de alteração da redação do texto, tendo os artigos 8.º e 14.º sofrido novas alterações. Posteriormente, o Presidente da República promulgou o decreto, resultando na entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, que procede a terceira alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

A nosso ver, e conforme veremos no âmbito do presente estudo, a aprovação da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, é manifestamente inconsistente, não só por considerar a invalidade do acordo de gestação de substituição, nas suas vertentes de instrumentalização do corpo da mulher ao serviço dos beneficiários, mas também pela banalização do superior interesse da criança visto que, a criação consciente de uma vida para, posteriormente, abandoná-la atenta contra a dignidade e identidade do ser humano e, bem assim, contra os valores da família. Por conseguinte, a complexidade do tema e as múltiplas questões que ainda aguardam por respostas, colocam em crise não só o princípio dos bons costumes e ordem pública, como também a indisponibilidade do estado das pessoas.

1.3.1 Noção

A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, conhecida como a Lei da Gestação de Substituição (doravante LGS) manteve a noção da gestação de substituição anteriormente dada⁶², definindo-a 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 maternidade⁶³”.

Jorge Duarte Pinheiro prefere adotar uma noção mais restrita e neutra, visto que o conceito dado pela lei faz menção a uma renúncia da própria maternidade, contendo dessa forma uma visão apriorística da matéria da determinação da filiação, atribuindo a qualidade de mãe àquela que irá dar luz⁶⁴. O autor define a gestação de substituição como “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 mãe⁶⁵”. Esta definição, mais se adequa à nossa realidade atual, como veremos mais adiante.

José Oliveira Ascensão prefere falar em “gestação para outrem com base em acordo de gestação⁶⁶”, sendo que Stela Barbas define-a como “a mulher que se obriga, por contrato, a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o nascimento⁶⁷”. Por sua vez, Guilherme Freire Falcão de Oliveira entende ser uma “mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de «mãe»⁶⁸”.

Em observação às alterações introduzidas pela LGS, entendemos que a gestação de substituição retrata uma mulher que aceita acolher no seu útero o filho de uma outra

⁶² A referida lei, veio também proceder à alteração da epígrafe de “maternidade de substituição, para “gestação de substituição”, como veremos mais adiante.

⁶³ Art.º 8.º n.º 1 da Lei da PMA

⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora** – a problemática da maternidade de substituição, p. 326.

⁶⁵ *Idem* – *Ibidem*.

⁶⁶ ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética, p. 23.

⁶⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **O Direito da Família Português: algumas características**, p. 74.

⁶⁸ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de - **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 8-9.

mulher (impedida de levar a bom termo a gestação por sua conta), para, após o seu nascimento, devolver a criança à sua verdadeira mãe.

1.3.2 Terminologia

Vulgarmente conhecida como “mãe portadora”, “barriga de aluguer”, “mãe substitutiva”, “mãe hospedeira” e “maternidade de substituição”, é certo que existem várias denominações utilizadas para fazer referência à gestação de substituição⁶⁹. A nosso ver, nem todas corretas.

Afinal, uma mulher que apenas servirá de suporte para a gestação, será, verdadeiramente, a “mãe” daquela criança? Sabemos que não.

O papel de mãe não pode ser reduzido ao suporte gestacional, sendo o conceito de maternidade infinitamente maior do que isso. Ser mãe é mais do que “trazer um ser ao mundo”, é muito mais do que partilhar carga genética e vai muito além do período de gestação. Ser mãe é “emprego a tempo completo” que dura a vida inteira. É o ato de amar incondicionalmente, de cuidar, de educar, de transmitir valores, princípios e costumes.

Entendemos que não é correto reduzir o amplo papel da mãe, cingindo-o e equiparando-o, ao papel desempenhado pela mulher que irá suportar a gravidez.

O legislador português inicialmente adotou na sua epígrafe a expressão “maternidade de substituição”, mas tal expressão é dotada de vícios, visto que quando falamos de “maternidade”, está-se a referir a um “estado ou qualidade de mãe⁷⁰”.

Nesta temática, o CNECV veio realçar que “a semântica escolhida nunca é indiferente em Bioética⁷¹” e assumiu um papel extremamente relevante ao afirmar que, tal expressão pode ser “indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas⁷²”, devendo, antes, ser utilizada a expressão gestação de substituição e gestante de substituição, que melhor corresponde ao processo a ser desenvolvido.

⁶⁹ Neste sentido, vide PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora** – a problemática da maternidade de substituição, p. 323-324.

⁷⁰ Conforme definição dada pelo dicionário Priberam da Língua Portuguesa. [Em Linha] [Consult. 24 de Fev. 2018]. Disponível em <https://www.priberam.pt/dlpo/maternidade>

⁷¹ Parecer 63/CNECV/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciência da Vida, p. 7.

⁷² *Idem – Ibidem.*

Foi com essa primícia que a LGS alterou a epígrafe do seu artigo 8.º para “gestação de substituição”, termo que mais se adequa ao processo que a gestante de substituição irá se submeter: implantação do embrião humano e o parto.

1.3.3 Panorama jurídico da admissibilidade do contrato

A introdução da admissibilidade da gestação de substituição em Portugal veio trazer à tona um conjunto de questões que são suscitadas nesta temática, nomeadamente, quanto aquilo que é ou não aceitável e o que está dentro dos padrões da dignidade da pessoa humana⁷³, sendo que é natural que se faça uma reflexão ponderada sobre o modelo escolhido pelo legislador e o seu enquadramento jurídico. Como veremos, estas questões estão longe de alcançar uma conclusão adequada.

A LGS veio consagrar no seu art.º 8.º, pontos rigorosos para o acesso à gestação de substituição, sendo que a sua admissibilidade está sujeita a uma série de pressupostos, podendo ser resumida da seguinte forma:

- i) A celebração de um negócio jurídico, mediante um contrato escrito, celebrado entre uma mulher altruísta (gestante de substituição) e àqueles em que a lei estipula como beneficiários, devendo o referido contrato e todo o processo, ser previamente autorizado e supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (doravante CNPMA)⁷⁴;
- ii) Que tal contrato seja revestido de natureza gratuita e desde que não exista uma relação de subordinação económica entre eles, sendo ainda manifestamente proibido, qualquer tipo de pagamento ou doação à gestante, com exceção das despesas expressamente consagradas na lei;
- iii) Que a mulher “beneficiária” esteja impedida de forma absoluta e definitiva de suportar uma gravidez, por se enquadrar nos casos de ausência de útero, de

⁷³ Nesse sentido, *vide* Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série II – n.º 64 de 01 de Abril de 2009. [Em Linha]. [Consult. 05 de Jul. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/1143211>

⁷⁴ O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida consiste na entidade reguladora da prática de PMA, criada em 2006 pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, e tem como competência a pronúncia sobre matérias que impliquem a aplicação de técnicas de PMA, bem como a pronúncia de questões éticas, sociais e legais.

lesão ou de doença deste órgão, ou ainda, em situações clínicas que a justifiquem;

- iv) Que a gestante de substituição, “se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem (beneficiária) e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”;
- v) Que a gravidez seja iniciada por meio das técnicas de PMA, com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, sendo certo que, em momento algum, a mulher gestante poderá ser dadora de ovócito para a formação do embrião, nas situações em que a mesma será a gestante de substituição;
- vi) Que seja prestado o consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito às partes, bem como esclarecidos os respetivos direitos e deveres;
- vii) A criança será tida como filho do casal contratante.

Sabemos que as técnicas de PMA estão alicerçadas em princípios fundamentais, como é o caso do princípio da subsidiariedade, e que apenas evidencia que tais técnicas não são um método alternativo à reprodução natural para suprir caprichos pessoais. Deste modo, o legislador pretendeu estender esta subsidiariedade no âmbito da gestação de substituição ao prever no art.º 8.º n.º 2 da LSG a sua admissibilidade apenas em “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”.

Por outro lado, o n.º 3 do referido preceituado introduz outra limitação, ao consagrar que “a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas, de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários”.

Quer isto dizer, que o legislador português veio exigir, em primeiro lugar, que a mulher beneficiária sofra de problemas de infertilidade, e que tal infertilidade a impossibilite de doar ovócitos ou, por qualquer motivo, de concretizar a gestação por conta própria e de forma segura. Por último, o legislador exigiu a presença de gametas de pelo menos um dos beneficiários.

1.3.3.1 Os beneficiários e outras contradições

A introdução repentina da gestação de substituição acarretou um conjunto de situações duvidosas quanto ao regime aplicável, não tendo sido possível alcançar um consenso quanto à interpretação da lei. Além do exposto no tópico anterior, também não podemos deixar de evidenciar a dúvida que permanece quanto a definição de “beneficiários”, quando confrontamos o disposto no n.º 3 do art.º 8.º (no âmbito da gestação de substituição) e o n.º 1 do art.º 6.º cuja aplicação ocorre no âmbito das técnicas de PMA.

Com efeito, o n.º 1 do art.º 6.º sob a epígrafe “beneficiários”, enuncia que apenas podem recorrer às técnicas de PMA “os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”.

Por sua vez, o disposto no n.º 3 do art.º 8.º da LGS dispõe que “a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas, de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários”, isto é, para que a gestação de substituição seja admitida, havendo dois beneficiários (o casal), um deles deverá contribuir com o seu material genético.

Já o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, que regula o acesso à gestação de substituição, especifica claramente, que o formulário de manifestação de interesse deve ser subscrito, em conjunto pelo casal beneficiário, devendo constar, naturalmente, os elementos de identificação de ambos⁷⁵.

A dúvida que permanece consiste em aferir, se a definição de “beneficiários” para efeitos da gestação de substituição, será a mesma contida no art.º 6.º n.º 1, utilizada no âmbito das técnicas de PMA ou se a gestação e substituição possui um regime diferente, e, assim sendo, importa esclarecer devidamente quais são as especificidades desse regime.

O legislador não esclareceu devidamente essa ambiguidade de interpretação da definição de “beneficiários”, pelo que tal dúvida levantou questões sobre a constitucionalidade do n.º 3 do art.º 8.º, na medida em que a menção de “um dos

⁷⁵ Cfr. dispõe os n.ºs 1 e 2.º do art.º 2.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho.

respetivos beneficiários” ali contida, leva-nos a crer que no âmbito da gestação de substituição, existem dois beneficiários e um deles tem que, obrigatoriamente, contribuir com o seu material genético. Quer isto dizer que, tão-somente são beneficiários os “casais”, sendo eles, os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges.

Vera Lúcia Raposo entende que não se trata de permissão apenas aos “casais”, por considerar que o legislador optou pela redação “um dos respetivos beneficiários” apenas para expressar que, existindo dois beneficiários, apenas um deles é obrigado a contribuir com gâmeta, o que abre portas para que a mulher solteira possa ser considerada beneficiária, desde que preencha os requisitos previstos no disposto no n.º 2 do art.º 8.º da Lei da PMA, isto é, desde que contribua com os seus próprios ovócitos⁷⁶.

Ora, perante esta ambiguidade legislativa, qual deve prevalecer?

A verdade é que tal dúvida não deveria sequer existir, na medida em que toda esta confusão só indica a insuficiência do instituto de gestação de substituição, havendo uma clara demonstração da ânsia do legislador em querer introduzir forçosamente um instituto ferido de irregularidade e inconsistência.

Atenta a omissão do legislador e sendo o CNPMA a entidade reguladora da gestação de substituição, foi inevitável que esta entidade viesse a público, esclarecer o entendimento de “beneficiários”, certamente, por ter sido alvo de vários pedidos de esclarecimentos, todos no mesmo sentido.

Deste modo, surgiu a Deliberação n.º 20-II/2017, de 20 de Outubro do CNPMA⁷⁷ intitulado “interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestação de substituição⁷⁸”. O referido documento começa por salientar que a gestação de substituição foi delineada para as situações “absolutamente excecionais e com estritos requisitos de admissibilidade”, recordando que do ponto de vista sistemático, o regime

⁷⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 12.

⁷⁷ Note que, não tendo sido suficientemente clara, pela LGS, a dúvida quanto à definição de beneficiários só veio a ser esclarecida *mais de um ano*, após a sua entrada em vigor.

⁷⁸ Deliberação n.º 20-II/2017, de 20 de Outubro do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. [Em Linha] [Consult. 04 de Mar. 2018]. Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao20-II.pdf>

de beneficiários da gestação de substituição foi implementado posteriormente ao regime previsto para as técnicas de PMA.

Deste modo, entende que “pese embora a gestação de substituição esteja prevista e regulada pelo diploma que estabelece os acessos às técnicas de PMA [...] a mesma não é, de *per si*, uma técnica de PMA, sendo antes, como anteriormente referido, 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 concretizar⁷⁹”. Por outras palavras, o disposto no art.º 6.º n.º 1 da Lei da PMA foi concebido exclusivamente para as técnicas de PMA e não para a gestação de substituição.

O CNPMA entendeu que “apenas podem ser considerados como beneficiários os casais heterossexuais ou os casais formados por duas mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges⁸⁰” por aplicação do n.º 3.º do art.º 8.º com remissão apenas para a 1.ª parte do n.º 1 do art.º 6.º da Lei da PMA.

Na sequência desta posição, surge nova dúvida quanto ao motivo pelo qual o legislador excluiu do quadro de beneficiários as mulheres solteiras e homens solteiros ou casais de homens homossexuais, sendo que esta dúvida tem sido alvo de grande contestação, atento o seu carácter discriminatório, incompatível com os princípios constitucionais.

Vera Lúcia Raposo veio realçar esta temática, não compreendendo o motivo pelo qual o legislador optou por um regime diferenciado aos homens, visto que estes dependem da gestação de substituição por ser “a única forma possível de ter filhos⁸¹”.

A nosso ver, é insensível afirmar que esta é a única forma dos homens homossexuais terem filhos, sendo que, tal como vimos anteriormente, o ser mãe ou o ser pai, ultrapassa qualquer carga genética. Ainda que se compreenda a discriminação contida na lei, seria também incorreto da nossa parte não elevar o lado dignificante da adoção, pelas palavras de Paulo Otero, enquanto “expressão máxima da solidariedade

⁷⁹ *Idem*, p. 4.

⁸⁰ *Idem*, p. 6.

⁸¹ RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 26.

para com 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 sangue⁸²”.

No entanto, é notório que o legislador português, não tratou a proibição do contrato de gestação de substituição para as mulheres e homens solteiros ou casais de homens homossexuais, como uma questão de discriminação pela sua opção sexual, visto que os casais de mulheres que vivam em situações análogas às dos cônjuges têm permissão para recorrer à gestação de substituição⁸³. Assim, parece-nos que a intenção do legislador foi restringir o acesso à gestação de substituição aos casos estritamente necessários e elencados no n.º 2 do art.º 8.º da LGS.

Além da contradição existente na definição de beneficiários, realçamos ainda uma segunda questão suscitada no âmbito da gestação de substituição, em que alguns autores consideram haver uma incoerência na própria lei.

Este paradoxo resulta do disposto no art.º 4.º n.º 3 que permite o acesso às técnicas de PMA “por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”. Em posição contrária, o n.º 2 do art.º 8.º da LGS vem limitar o acesso à gestação de substituição às mulheres que sofram 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”, o que poderá induzir ao erro, nomeadamente, concluir-se que a gestação de substituição é para todas as mulheres.

Ora, como vimos, o espírito do legislador foi de restringir o acesso à gestação de substituição, apenas àqueles casos excepcionais: os casais que se encontram impossibilitados de levar a bom termo uma gestação, por contra própria, por motivos inerentes ao próprio órgão reprodutor da mulher.

Além disso, ainda que o n.º 3 do artigo 4.º mencione que o acesso é para todas as mulheres “independentemente do diagnóstico de infertilidade”, sublinhado nosso, a verdade é que a gestação de substituição não é entendida como uma técnica de PMA⁸⁴, mas antes, como um método à disposição, para casos excepcionais de infertilidade, que

⁸² OTERO, Paulo – **A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição**, p. 88.

⁸³ Caso fosse essa a intenção do legislador, a gestação de substituição também estaria vetada aos casais de mulheres e, conseqüentemente estávamos diante de uma norma claramente inconstitucional.

⁸⁴ Como vimos, apenas são consideradas técnicas de procriação medicamente assistidas, as elencadas nas alíneas do n.º 1 do art.º 2 da Lei da PMA; *Vide* Deliberação n.º 20-II/2017, de 20 de Outubro do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao20-II.pdf>

utiliza/recorre a uma das técnicas de PMA, pelo que o regime aplicável seria o disposto no n.º 2 do art.º 8.º da Lei da LGS, regime específico para este instituto.

Em todo o caso, o despreparo total do legislador que se contradiz de forma grosseira dentro de um mesmo diploma legal, mostra-se extremamente inconcebível e desorientador para ser aceite, principalmente quando a sua admissibilidade acontece com a instrumentalização do corpo de uma mulher e a contratação do serviço de “reprodução de um ser humano” do qual uma criança é parte integrante.

1.3.3.2 Os requisitos pessoais

Como vimos, a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, veio consagrar alguns requisitos rigorosos para a aceitação da gestação de substituição. Em primeiro lugar, não podemos deixar de destacar que a LGS foi omissa também, quanto aos requisitos de idade para o acesso à gestação de substituição, tanto na qualidade de beneficiária, como na qualidade de gestante.

Além disso, a lei não especificou os requisitos inerentes à própria pessoa da gestante, pelo que, atenta a natureza extremamente fundamental do papel desenvolvido por esta e havendo diversas preocupações a nível psicológico, a mesma deveria ter sido transparente quanto a esta matéria.

Todavia, a nível de acesso às técnicas de PMA, o n.º 2 do art.º 6.º consagra que “as técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica”.

Partindo do pressuposto que o acesso à gestação de substituição está vinculado aos requisitos de idade e capacidade, inerentes ao acesso às técnicas de PMA, consagradas no n.º 2 do art.º 6.º da Lei da PMA, verdade é que a mesma ficou muito aquém da clareza necessária para a sua aplicabilidade que tal temática, tão controversa, requer.

Com efeito, Vera Lúcia Raposo veio salientar a ausência de regulamentação quanto aos requisitos associados à pessoa da gestante, enaltecendo alguns requisitos que ficaram no obscuro da Lei, nomeadamente, quanto “a suficiente maturidade psicológica para desempenhar a função de gestante de substituição (o que é diferente da maturidade conferida pela maioridade), averiguada mediante uma prévia avaliação psicológica⁸⁵”, bem como “uma avaliação física, a fim de atestar que a gestante não sofre de qualquer problema de saúde⁸⁶” e ainda “a exigência de filhos prévios⁸⁷”, por considerar que somente dessa forma, a gestante poderá compreender as mudanças e o tipo de relação afetiva que se estabelece com o feto, durante o período de gestação.

⁸⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 41.

⁸⁶ *Idem – Ibidem.*

⁸⁷ *Idem – Ibidem.*

A nosso ver, a intenção dos partidos políticos de implementar a descriminalização da gestação de substituição no ordenamento jurídico, levou a que esta temática fosse totalmente incompleta, sendo certo que, o referido diploma limitou-se a remeter toda a competência e gestão, para o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, pelo que o silêncio contido na lei, não oferece qualquer segurança jurídica, na medida em que tal omissão é incompatível com os critérios de precisão e determinabilidade das leis, inerentes ao Estado Democrático.

O próprio CNPMA reconheceu a omissão contida na lei e teve a necessidade de – uma vez mais - prestar esclarecimentos quanto aos requisitos de idade, tanto no âmbito da gestação de substituição, como também para o recurso às técnicas de PMA.

Para o efeito, na sua Deliberação n.º 21-II/2017, de 24 de Novembro⁸⁸ veio esclarecer que é “aceitável que os riscos associados à utilização das técnicas possa ser assumido pelos progenitores”, pelo que “em termos de liberdade individual é lícito permitir estas gravidezes até aos 49 anos e 364 dias (365 nos anos bissextos) de idade materna”. Já no que concerne à gestação de substituição, tratando-se de um risco que é assumido por pessoa diversa daquela que constitui beneficiária, o CNPMA entende não ser aceitável “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 tenha manifestado a sua disponibilidade para aceitar esse risco”, pelo que a gestante não poderá ter mais do que 44 anos e 364 dias (365 dias nos anos bissextos), sendo que essa idade pode ser alargada para 49 anos e 364 dias (365 dias nos anos bissextos), para os casos em que a gestante for mãe ou irmã de algum membro do casal de beneficiários, como forma de assegurar a proteção da família.

Contudo, não temos outras informações quanto às características da gestante de substituição e que são extremamente relevantes. Referimo-nos aos casos em que a gestante nunca teve filhos, sendo que ela poderá se afeiçoar com mais facilidade àquela criança e abandonar o projeto parental do casal beneficiário, por nunca ter vivenciado a experiência de ser mãe, pelo que a lei deveria ter estabelecido requisitos nesse sentido, nomeadamente, a exigência da gestante de substituição ter, pelo menos, um filho.

⁸⁸ Deliberação n.º 21-II/2017, de 24 de Novembro do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida [Em Linha] [Consult. 15 de Mar. 2018]. Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao21-II.pdf>

1.3.3.3 O anonimato da gestante e de eventuais dadores

A lei veio ainda limitar a intervenção da gestante de substituição, ao proibi-la expressamente no n.º 3 do art.º 8.º da LGS de contribuir com o seu material genético, evitando deste modo, ligações genéticas e socio-afetiva com a criança.

A esta modalidade, Jorge Duarte Pinheiro designa-a como “maternidade de substituição puramente gestacional⁸⁹”, visto que o óvulo não pertence à mulher gestante. Neste caso, temos duas situações: a) a mãe contratante é possuidora do óvulo, mas apenas recorre à gestação de substituição, por se encontrar impossibilitada de levar a bom termo a gestação por contra própria; b) o óvulo pertence a uma terceira mulher, uma doadora.

Além de pretender excluir qualquer ligação genética com a criança, o legislador também estendeu o regime do anonimato dos dadores previstos no âmbito das técnicas de PMA, para a gestação de substituição, no que concerne à identidade da gestante.

O disposto no n.º 1 do art.º 15.º da Lei da PMA prevê que “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*”, itálico nosso. Desta forma, funciona como regime regra o anonimato da identidade do dador, tendo sido reconhecida às crianças nascidas com recurso às técnicas de PMA heteróloga, algumas exceções consagradas na lei e, a regra do anonimato total da identidade da gestante de substituição, sem qualquer exceção.

O regime da gestação de substituição veio também trazer à tona a discussão sobre a confidencialidade da identidade dos dadores no âmbito das técnicas de PMA e, agora, sobre a gestante no âmbito da gestação de substituição. Trata-se de um tema que há muito tem sido debatido entre diversos autores, que defendem o direito da criança nascida, à identidade genérica e ao conhecimento da verdade, previsto no art.º 26.º n.º 3 da CRP.

⁸⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora** – a problemática da maternidade de substituição, p. 328.

Quer isto dizer que, nos casos em que a gestação de substituição tenha recorrido à procriação medicamente assistida heteróloga, ou seja, com recurso de dadores de gâmetas, além do regime do anonimato da identidade do dador já consagrado na lei, a criança nascida também não poderia conhecer a identidade da mulher gestante.

Com efeito, Vera Lúcia Raposo critica que a lei não tenha previsto o regime de exceção do anonimato dos dadores (*cfr.* n.ºs 2, 3 e 4 do art.º 15.º da Lei da PMA), para aplicá-lo também no caso da gestante de substituição, visto que a redação dada pela LGS não fez as devidas adaptações. A autora ainda realça que poderia admitir-se o sigilo da gestante, com a justificativa de que a mesma não contribuiu com o seu material genético para aquela gestação, mas evidencia que “existe de facto aqui uma ligação emocional com a criança – como a que necessariamente existe entre a criança e alguém que dela cuide durante 9 meses – que justifica o conhecimento da identidade da gestante por parte da criança⁹⁰”.

O regime do anonimato dos dadores e o direito ao conhecimento das origens genéticas merecem uma análise cuidada e reflexão devidamente ponderada, pelo que seria manifestamente insuficiente e imprudente da nossa parte, fazê-lo apenas no presente tópico, atenta à sua relevância e extensão. Deste modo, vamos cingir-nos apenas ao sigilo da gestante.

Como vimos, estamos diante de uma gestação de substituição puramente gestacional, visto que a gestante está impedida legalmente de contribuir com o seu material genético⁹¹. Deste modo, o legislador optou por impedir a criança nascida com o recurso à gestação de substituição de conhecer a identidade da mulher que a gerou, tal como ocorre no regime de anonimato dos dadores, previsto no art.º 15.º da LPM.

Acompanhamos Diogo Leite de Campos que entende que o regime do anonimato é inconstitucional “não se justificando por qualquer interesse da pessoa a proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o filho⁹²”.

Nesse desiderato, o TC fez uma reflexão, socorrendo-se de posições de diversos autores que já se inclinavam para a admissibilidade do direito ao conhecimento das

⁹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 45.

⁹¹ *Cfr.* disposto no art.º 8.º n.º 3 *in fine* da LGS.

⁹² CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito** *in* Estudos de Direito da Bioética, p. 83.

origens genéticas, bem como avaliou o funcionamento desse regime em outros ordenamentos jurídicos⁹³. Com efeito, o TC discordou da opção do legislador por considerar que se trata de uma “afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP”, reconhecendo que “a gestação é uma vivência pessoal diferenciadora, pelo que é compreensível a pretensão de conhecer a identidade de quem a suportou”⁹⁴.

Face ao exposto, entendeu que “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 artigo 15.º, 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”, devendo ser aplicada “a regra inversa”, ou seja, o anonimato da gestante apenas (e tão só) poderá acontecer, quando existem razões ponderosas para assim ocorrer e que devem ser avaliadas casuisticamente.

Do nosso ponto de vista, o regime adotado pelo legislador é claramente excessivo, na medida em que restringe o direito à historicidade pessoal da criança nascida e que faz parte da sua identidade, pelo que entendemos que o ser humano não pode – por qualquer forma - ser privado de conhecer as suas origens. Além disso, não faria sentido a exigência desse sigilo, visto que o modelo gratuito da gestação de substituição ocorre maioritariamente dentro do seio familiar e/ou círculo de amigos, pelo que o sigilo obrigatório sobre a identidade da gestante, poderia ser inútil entre os próprios intervenientes.

⁹³ O TC destaca os ordenamentos jurídicos da Alemanha, Reino Unido, Suíça, Holanda que reconhecem o direito ao conhecimento da própria origem e, em sentido contrário, países como Espanha e França em que vigora a regra do anonimato do dador. *Vide* Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série I - n.º 87 de 07 de Maio de 2018. [Em Linha]. [Consult. 17 de Jul. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>

⁹⁴ *Idem*.

1.4 O ACESSO E TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, enquanto órgão regulador das técnicas de procriação medicamente assistidas, foi o encarregado escolhido para gerir a gestação de substituição, a fim de avaliar todo o processo, sendo da sua competência a decisão de aprovar ou não, a celebração do contrato. A sua intervenção opera-se desde a manifestação de vontade das partes em celebrar um contrato de gestação, como todo o acompanhamento físico e psicológico das partes.

O n.º 4.º do art.º 8.º da LGS, além de relembrar que o acesso à gestação de substituição só é possível, a título excecional e nos casos previstos no n.º 2 do referido preceituado, também consagra que o CNPMA é a entidade supervisora da celebração de negócios jurídicos, no âmbito da gestação de substituição e de todo o processo inerente, sendo certo que a Ordem dos Médicos também deverá ser previamente ouvida.

O Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho (que surge um ano depois da entrada em vigor da LGS), veio esclarecer o procedimento a ser seguido, para efeitos de acesso à gestação de substituição, sendo ele composto por oito artigos e que elucidam a forma de acesso e tramitação dos pedidos de autorização para celebração do contrato de gestação, desde a sua formulação, até a sua conclusão, pelo que será imprescindível, aferir os seus aspetos fundamentais.

A manifestação do interesse de celebração do contrato de gestação de substituição é efetuada através do preenchimento de um formulário, a ser disponibilizado no *site* da internet do CNPMA, devendo ser subscrito simultaneamente, pelo casal beneficiário e a gestante de substituição⁹⁵⁹⁶. O n.º 2 enuncia um conjunto de elementos de identificação e dados necessários para o devido preenchimento formulário, sem os quais a manifestação de interesse ficará incompleta. Além dos elementos de identificação, tanto do casal beneficiário, como da gestante, o formulário exige que seja acompanhado dos seguintes documentos:

⁹⁵ Cfr. n.º 1 do art.º 2.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho.

⁹⁶ Note-se que a manifestação de interesse deve ser apresentada, não apenas pelo casal beneficiário, como também pela gestante. Quer isto dizer, que o casal beneficiário, *a priori*, deverá ter escolhido a gestante que irá suportar a gravidez, ainda sem ter autorização para o efeito. [Em Linha]. [Consult. 01 de Jul. 2018]. Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_formulario_DR_6_2017.pdf

- a) Documentação de aceitação das condições previstas no contrato-tipo de gestação de substituição⁹⁷;
- b) Documentação Médica, emitido por centro de PMA, donde conste as técnicas necessárias para o caso em concreto, bem como comprovante do preenchimento dos requisitos fundamentais de acesso à gestação de substituição, mencionados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da Lei da PMA;
- c) Declaração de um psiquiatra ou psicólogo, cujo parecer tenha sido favorável;
- d) Declaração do diretor do centro de PMA, do qual conste a sua aceitação da realização da gestação de substituição, naquele centro.

O disposto no n.º 4 do referido Decreto Regulamentar, prevê ainda a possibilidade do CNPMA solicitar às partes, informações complementares, ou ainda o envio de documentos para complementar a manifestação de interesse. Nesta situação, o processo ficará suspenso, até que as partes remetam ao CNPMA os documentos solicitados. Após a receção de todos estes elementos, o CNPMA dispõe do prazo de 60 dias, para emitir um parecer e, sendo ele favorável, remete o processo para a Ordem dos Médicos, com vista a emissão de um parecer, dispondo do mesmo prazo para emissão do mesmo⁹⁸.

Contudo, decorridos que sejam o prazo concedido à Ordem dos Médicos e verificando-se a omissão por parte desta entidade, o CNPMA poderá prosseguir com as diligências, tendo em consideração que o parecer emitido pela Ordem dos Médicos, não tem carácter vinculativo, pelo que, a ausência de parecer ou a emissão de um parecer desfavorável, não impossibilitará o prosseguimento das diligências, competindo exclusivamente ao CNPMA a decisão de prosseguir ou não com o processo de gestação de substituição. Findo o prazo concedido à Ordem dos Médicos, o CNPMA deverá decidir se o procedimento tem provimento ou não, podendo ainda efetuar diligências adicionais⁹⁹ que considerem pertinentes para a formulação da sua decisão¹⁰⁰.

⁹⁷ Daquilo que foi exposto, verifica-se que a lei não especifica de que documento se trata e que deverá ser apresentado aquando da manifestação de interesse, sendo certo que o único documento que prevê “as condições previstas no contrato-tipo”, é o próprio contrato. Não existe outro documento, nem a própria lei, é clara quanto as condições efetivas do contrato, visto que o legislador remeteu para o CNPMA a competência de elaboração do referido contrato e as suas condições.

⁹⁸ Cfr. art.ºs 4.º e 5.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho.

⁹⁹ O n.º 9.º do referido Decreto Regulamentar faculta alguns exemplos de diligências adicionais, como a “realização de uma reunião com a gestante de substituição e o casal beneficiário, e a realização de uma avaliação completa e independente do casal beneficiário e da gestante de substituição, por uma equipa técnica e multidisciplinar designadamente na área da saúde materna e da saúde mental”.

¹⁰⁰ Aliás, é importante realçar que, atenta a complexidade e sensibilidade do tema, é fundamental que o CNPMA tenha ao seu dispor, recursos e meios para aceder ao maior número de informações

CAPÍTULO II – DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A polémica em torno da gestação de substituição não se restringe apenas às dúvidas existentes quanto a sua admissibilidade. A problemática se estende também, pela natureza do contrato celebrado entre o casal beneficiário e a gestante, bem como o seu enquadramento e adequação no ordenamento jurídico português.

Tal temática foi objeto de discussão entre alguns autores¹⁰¹, que defendem a proibição do contrato de gestação, por considerarem que o mesmo viola grosseiramente o corpo da mulher e, portanto, estamos perante uma instrumentalização da vida da mulher para fins alheio, contrário aos princípios da ordem pública e bons costumes.

O presente capítulo destina-se à análise da natureza jurídica do contrato de gestação à luz da lei civil e o seu enquadramento, bem como procuraremos compreender os direitos e deveres que são imputados aos contraentes e respetiva responsabilidade em caso de incumprimento.

A análise ao direito ao arrependimento e ao concurso de projeto parental é efetuada numa perspectiva de compreensão do impacto desse instituto na vida dos seus intervenientes e, bem assim, na relação intrafamiliar enquanto característica fundamental da gestação altruísta, sendo certo que o referido estudo abre caminho para o capítulo seguinte, subordinado ao tema “Estabelecimento da Filiação”.

possíveis, de modo a que a sua convicção seja formulada, de forma clara, evitando o surgimento de quaisquer dúvidas que possam comprometer todo o processo de gestação.

¹⁰¹ Em especial, chamamos à colação OTERO, Paulo – **A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição**, p. 85; e OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de - **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 20-86.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Dispõe o art.º 8.º n.º 10 da Lei da LGS que o contrato de gestação de substituição deve obedecer a forma escrita e ser supervisionado pelo CNPMA.

Em suma, no âmbito do acordo de gestação de substituição, temos duas partes envolvidas: o casal contratante e a gestante de substituição, podendo esta última estar ou não, acompanhada por um(a) companheiro(a). Estamos, pois, diante de um negócio jurídico bilateral, que deverá ser reduzido a escrito, e que deve constar a vontade de cada uma das partes, incluindo “as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez¹⁰²”.

Além disso, as partes devem estar devidamente informadas e esclarecidas quanto ao procedimento em si e suas implicações, sendo certo que a supervisão do referido contrato e todo o processo, foi confiada ao CNPMA enquanto entidade especializada.

No âmbito da lei civilista, vigora um conjunto de princípios do qual Mota Pinto designa como “a ossatura do Direito Civil¹⁰³” e que alicerça todos os seus fundamentos, dando-lhes harmonia e sentido. Destacamos, o princípio da autonomia privada, cujo alcance não só resulta no ramo do direito civil, pelo seu art.º 405.º e ss., como também está consagrado a nível constitucional, pelo art.º 26.º n.º 1 e 61.º da CRP.

Para Mota Pinto, tal princípio consiste no “poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica¹⁰⁴”. Na mesma linha de raciocínio, Luís Carvalho Fernandes afirma que “o campo de aplicação do princípio da autonomia privada é, em geral fixado em função da chamada liberdade de contratar¹⁰⁵” e que este tem alcance no âmbito dos direitos subjetivos.

Para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, a autonomia privada consiste na “possibilidade de alguém estabelecer os efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua

¹⁰² Conforme art.º 8.º n.º 10 *in fine*, da Lei da PMA.

¹⁰³ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 95.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 102.

¹⁰⁵ FERNANDES, Luís Carvalho Fernandes – **Teoria Geral do Direito Civil**, Vol. I, p. 90.

esfera jurídica¹⁰⁶”. O autor entende que a liberdade contratual está intimamente ligada à autonomia privada, definindo-a como “a possibilidade conferida pela ordem jurídica a cada uma das partes de auto-regular, através de um acordo mútuo, as suas relações para com a outra, por ela livremente escolhida, em termos vinculativos para ambas¹⁰⁷”.

Com efeito, o indivíduo exerce o seu poder de autodeterminação, quando age de forma livre com o intuito de alcançar interesses próprios, tendo como alicerce a liberdade contratual, ainda que esta esteja sujeita a certas limitações.

Sabemos que o regime da liberdade contratual comporta algumas restrições, nomeadamente, quando estamos diante de negócios jurídicos que são contrários à ordem pública e aos bons costumes, nos termos do art.º 280.º do CC¹⁰⁸. Nesse sentido, alguns autores questionam o tipo de contrato que se forma no âmbito da gestação de substituição, nomeadamente se estamos perante um contrato de compra e venda¹⁰⁹, doação¹¹⁰ ou aluguel¹¹¹.

Sylviane Agacinski afirma que “a utilização de uma mulher como gestante retira a maternidade do campo da vida pessoal e privada, para a transformar numa tarefa ou num serviço¹¹²”. Em sentido contrário, Estrela Chaby afirma que “não é comparável esta alienação com a utilização da força do trabalho”, tendo em consideração que “o trabalho, mesmo quando realizado em condições penosas de esforço e de sobrecarga horária, não se apodera da totalidade da vida da pessoa, estando ao trabalhador a sua vida íntima, a sua existência fora do trabalho, aquilo que é de todo inalienável, o tempo durante o qual vive por si e para si¹¹³”.

Mas o útero pode ser vendido? Dado ou alugado?

O referido contrato não pode ser enquadrado nas modalidades de contrato de aluguer ou compra e venda, visto que as mesmas têm como pressuposto a existência de

¹⁰⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações**, 7.ª ed., Vol. I, p.21.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 24.

¹⁰⁸ Esta temática será melhor desenvolvida em sede do regime da nulidade do contrato.

¹⁰⁹ Art.º 874.º e ss. do Código Civil.

¹¹⁰ Art.º 940.º e ss. do Código Civil.

¹¹¹ Art.º 1022.º e ss. do Código Civil.

¹¹² AGACINSKI, Sylviane *apud* CHABY, Estrela - **Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem** In Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, p. 355.

¹¹³ CHABY, Estrela - **Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem** In Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, p. 355.

uma retribuição/remuneração, o que não sucede no âmbito do contrato de gestação de substituição, atenta a sua natureza gratuita, modelo escolhido pelo legislador¹¹⁴.

Para Jorge Duarte Pinheiro, o contrato de gestação de substituição enquadra-se no âmbito do contrato de prestação de serviço atípico, consagrado no art.º 1154.º do Código Civil, entendendo que a definição contida no referido preceituado, se adapta à gestação de substituição, visto que o serviço prestado pela gestante é a gestação por conta de outrem, e que esta “compromete-se a entregar, de facto e de direito, à mãe de receção o fruto da sua atividade de gestação¹¹⁵”.

Ora, tal entendimento gera alguma controvérsia e repulsa em alguns autores, na medida em que estaríamos a comparar o serviço prestado pela gestante, aos demais serviços prestados no âmbito das relações jurídicas, pelo que a vida de uma criança não poderá ser reduzida dessa forma¹¹⁶. Contudo, o contrato de gestação de substituição, a ser enquadrado no âmbito da modalidade de prestação de serviços atípico, não permite o pagamento de uma contraprestação, atenta a proibição expressa contida na lei.

Jorge Duarte Pinheiro estipula que o contrato de gestação de substituição possui três fases, sendo eles: a negociação, a celebração do acordo e o cumprimento do que foi estipulado¹¹⁷. Para o autor, a *negociação* é efetuada entre a gestante de substituição e a mãe social, sendo que os respetivos companheiros ou companheiras, apenas intervêm para efeitos de prestação do consentimento¹¹⁸.

No que diz respeito ao *cumprimento* do contrato de gestação por parte da gestante, o autor entende existir quatro momentos: a conceção ou implantação de embrião; a gravidez; o parto; e a entrega da criança à mãe de receção¹¹⁹. Nesta última fase, a gestante de substituição deverá reconhecer que o casal contratante são os titulares das situações jurídicas parentais daquela criança.

¹¹⁴ Cfr. art.º 8.º n.º 3.º da Lei da PMA.

¹¹⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora** – a problemática da maternidade de substituição in Estudos de Direito da Bioética, p. 330.

¹¹⁶ Chamamos à colação OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de - **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 22-25; e OTERO, Paulo – **A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição**, p. 82 e ss.

¹¹⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora** – a problemática da maternidade de substituição, p. 327.

¹¹⁸ O autor entende que o consentimento se concretiza, na ótica do(a) companheiro(a) da mãe contratante ou mãe social, na declaração da “vontade de assumir a paternidade jurídica da criança” e na ótica do(a) companheiro(a) da gestante de substituição o “compromisso da entrega da criança à mãe de receção e no reconhecimento de que esta é, para todos os efeitos legal, a mãe, e de que o próprio companheiro ou marido da mãe de gestação não é o pai”. *Idem – Ibidem*.

¹¹⁹ *Idem – Ibidem*.

A nosso ver, é inconcebível enquadrar o contrato de gestação de substituição, no âmbito dessas modalidades, por entender que uma criança não pode ser objeto de qualquer negócio jurídico, nos termos do art.º 66.º do CC e, como tal, não devemos falar de “transferência de propriedade”, por se tratar de um ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu preâmbulo consagrou “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Ainda mais longe, o seu art.º 1.º prevê que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Deste modo, a própria sociedade elevou o homem do *status* de coisa, ao *status* de pessoa, livre e digna, resultando na abolição da escravatura.

Todavia, como pode o legislador falar de autonomia contratual e liberdade contratual, quando o contrato de gestação de substituição ainda está sujeito à autorização do CNPMA, sendo tal entidade, um terceiro interveniente face aos sujeitos do contrato?

Com efeito, o art.º 2.º n.º 2 alínea b) do Decreto Regulamentar, n.º 6/2017, de 31 de Julho, consagra que as partes devem anexar ao pedido de autorização para a celebração dos contratos de gestação de substituição, *documento comprovativo* “da aceitação das condições previstas no contrato-tipo de gestação de substituição por parte do casal beneficiário e da gestante de substituição”, não sendo possível aferir da lei de que documento se trata, pelo que partimos do pressuposto que se refere ao próprio contrato, por ser o único documento que contém as disposições prevista para a gestação de substituição.

Deste modo, é de concluir que quando os intervenientes, solicitam autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição, o referido contrato já deve estar devidamente assinado pelas partes, enquanto requisito para a aceitação da manifestação de interesse. Logo, apesar dos contraentes já se encontrarem vinculados ao contrato e aos termos ali previstos, o mesmo não funciona imediatamente *inter-partes*, mas antes, fica dependendo da autorização do CNPMA que terá como função atribuir eficácia ao referido contrato.

Ora, torna-se evidente a contradição existente, visto que de um lado, a lei indica que “a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de

autorização prévia¹²⁰” do CNPMA e, de outro lado, o *supra* exposto indica-nos que, primeiramente é celebrado o negócio jurídico, enquanto requisito essencial para a apresentação da manifestação de interesse dos beneficiários e que só por fim, será alvo de aprovação do CNPMA.

De todo modo, apesar de haver *condicio jûris*, prevista no n.º 3 do art.º 8.º da LGS que faz depender de autorização *prévia* do CNPMA para a efetiva celebração do contrato de gestação e eficácia do mesmo, a verdade é que o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, veio aplicar um regime contrário, em que tal autorização é *posterior* à celebração do próprio contrato de gestação de substituição, pelo que da análise efetuada ao contrato-tipo elaborado pelo CNPMA, não consta qualquer cláusula condicional suspensiva, nos termos do art.º 270.º do Código Civil¹²¹, que condicione a produção de efeitos jurídicos entre as partes, à posterior aprovação do CNPMA.

A tudo isto, só nos resta concluir que o próprio legislador – uma vez mais – se contradiziu, criando um procedimento confuso para o contrato de gestação, em que a liberdade contratual e o consentimento são claramente utilizados para disfarçar a invalidade dos negócios jurídicos de gestação de substituição, como veremos no tópico a seguir.

¹²⁰ *Cfr.* disposto na primeira parte do n.º 4 do art.º 8.º da LGS.

¹²¹ De modo a que, apesar das partes já se encontrarem vinculadas, não exista “um direito exercitável”, *cfr.* PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 572-573.

2.2 O CONSENTIMENTO INFORMADO E ESCLARECIDO

Como vimos, o recurso à gestação de substituição apenas é admitido “a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão, que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem¹²²”. Além disso, todo o procedimento deve ser previamente autorizado e supervisionado pelo CNPMA, enquanto entidade reguladora das técnicas de PMA, visto que será necessário recorrer às técnicas de Fertilização *In Vitro* (FIV) ou Microinjeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), para obter os embriões que serão transferidos para o útero da gestante de substituição.

Como vimos também, a gestante de substituição nunca poderá ser dadora de qualquer ovócito, pelo menos naquelas situações em que participa como gestante de substituição, excluindo dessa forma, qualquer ligação genética com a criança. Deste modo, os gametas utilizados poderão ser do casal beneficiários ou de apenas um deles, sendo que, nessa situação, o outro gameta resultará de um dador(a).

O disposto no art.º 8.º n.º 8 da Lei da PMA prevê que no “tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição [...] é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei”, sublinhado nosso. O referido preceituado tem como epígrafe «Consentimento», pelo que entende-se que o legislador pretendeu estender o regime do consentimento aplicável no âmbito das técnicas de PMA, à modalidade da gestação de substituição, sendo certo que atenta as diversas questões indefinidas associadas à gestação de substituição, é claramente compreendido que a declaração de vontade nessa vertente assume uma natureza mais complexa e ampla, que lhe é peculiar.

No âmbito do consentimento informado, todas as partes envolvidas no contrato de gestação de substituição devem prestar o seu consentimento, livre e esclarecido, para que o mesmo possa ser considerado válido, tendo em consideração que estamos diante

¹²² Art.º 8.º n.º 2 da Lei da PMA

de um procedimento que interfere com direitos fundamentais, nomeadamente, o direito à integridade pessoal, constitucionalmente protegido¹²³.

Como bem salienta Stela Barbas “toda a intervenção no corpo humano necessita do consentimento da própria pessoa. O consentimento é o ato pelo qual o paciente autoriza o médico a realizar um exame ou a praticar um tratamento específico que previamente lhe foi explicado”¹²⁴, pelo que no âmbito da gestação de substituição, tal não poderia ser diferente, atentas as questões de naturezas diversas que pairam sobre o tema.

Para o efeito, a transmissão da informação deve ser efetuada de forma transparente e o mais exaustivo possível, de modo a que o recetor da mensagem possa reunir todas as informações indispensáveis para a formação da sua vontade, incluindo todas as informações inerentes aos cenários possíveis que podem surgir, antes, durante e depois do procedimento. Somente dessa forma, podemos afirmar que o interveniente estará em condições de formar a sua convicção e expressar a sua vontade de forma livre e esclarecida.

A este propósito, Stela Barbas também nos esclarece que “o único consentimento conforme com a dignidade da pessoa é o que é dado com liberdade”¹²⁵ e nessa mesma linha de raciocínio, Patrícia Gonçalves afirma que “a liberdade na prestação do consentimento significa que a anuência dada para a prática de um determinado ato clínico ou para a realização de uma determinada terapêutica tem que ser expressão de uma vontade, de um querer. A vontade é, pois, um elemento indispensável, integrador e conformador de qualquer ato jurídico¹²⁶”, ou seja, o consentimento só é verdadeiramente livre, quando é prestado após a receção de toda a informação indispensável sobre o procedimento, sem o qual os efeitos jurídicos do acordo de gestação de substituição, podem ficar comprometidos.

¹²³ Além do disposto no art.º 25.º da CRP., que prevê a inviolabilidade do direito à integridade pessoal, podemos extrair o mesmo entendimento junto da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO, que no seu art.º 6.º n.º 1 consagra que “Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada”. [Em Linha]. [Consult. 01 de Set. 2018]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.

¹²⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do Genoma Humano**, p. 327.

¹²⁵ *Idem*, p. 356.

¹²⁶ GONÇALVES, Patrícia – **Consentimento (Des)Informado na PMA Heteróloga?** In *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora. Depósito Legal 214044/04. Ano 8, nº 15 Janeiro/Junho 2011, p. 130.

O consentimento consiste numa declaração vinculante, pelo que a informação deve ser devidamente transmitida pelo responsável de saúde e assimilada pelo recetor da mensagem, de modo figurar o reflexo da vontade real das partes e assegurar a validade e eficácia do contrato de gestação de substituição. É nesse contexto que salientamos o papel fundamental dos profissionais de saúde que desempenham a função de transmissão das informações de procedimentos terapêuticos, na medida em que será através destes, que as partes irão se socorrer para retirar quaisquer dúvidas sobre a intervenção e ainda, para formação da sua convicção.

Como bem salienta Patrícia Gonçalves “é dever do médico transformar esta comunicação numa explicação clara e suficiente, mantendo ainda disponibilidade para esclarecer todas as questões que lhe sejam solicitadas pelo paciente”¹²⁷, pelo que será com esses elementos, que as partes irão fazer a ponderação individual daquilo que é efetivamente, a sua vontade.

Há ainda que sublinhar o disposto no n.º 2 do art.º 14.º da Lei da PMA que consagra que a informação deve ser prestada por escrito e determina que a parte deve ser informada “das suas implicações éticas, sociais e jurídicas”. Todavia, destacámos que a declaração de consentimento, genericamente se materializa através de formulário próprio, pré-definido e aprovado pelo CNPMA, donde, supostamente deve constar as diversas situações inerentes ao procedimento e acima descritas.

Da análise ao disposto no art.º 8.º n.º 8 da LGS constata-se que o legislador pretendeu autonomizar a declaração de consentimento das partes (negócio jurídico unilateral), dinamizando-o do contrato de gestação de substituição e ainda, dos direitos e deveres das partes (negócio jurídico bilateral). Quer isto dizer, que o consentimento prestado consiste num documento autónomo, distinto do contrato de gestação de substituição, mas que, em conjunto, consubstanciam no pressuposto para a validade e eficácia do processo de gestação de substituição. Por outras palavras, podemos afirmar que um documento não vive sem o outro, estando ambos numa relação de dependência, e juntos, visam alcançar uma finalidade: a validade e eficácia do acordo de gestação.

Por um lado, temos o casal beneficiário que assume um projeto parental próprio e dependem de uma segunda mulher, a gestante de substituição, para a sua concretização, pelo que o seu consentimento se materializa da seguinte forma:

¹²⁷ *Idem*, p. 131.

- a) Autorização para a recolha do material genético, pelo menos de um elemento do casal;
- b) Autorização para que o embrião criado seja implantado na gestante, para que esta venha a desenvolver uma gravidez e dar à luz;
- c) Reconhecer e consentir que a criança que nascer, resultante do acordo de gestação, será tida como seu filho;
- d) Declaração em como estão cientes de todos os benefícios e riscos conhecidos e possíveis, e ainda das implicações que as mesmas podem suscitar, sejam elas éticas, sociais ou jurídicas, assegurando perante o médico que a sua vontade é manifestada de forma livre e consciente;
- e) Tal consentimento deverá ser prestado no âmbito de modelo próprio, aprovado pelo CNPMA, enquanto entidade reguladora;
- f) O consentimento prestado é suscetível de ser revogado pelo casal beneficiário, desde que o processo terapêutico de PMA não tenha iniciado;
- g) Declaração em como estão devidamente informados da influência que a gestante de substituição terá sobre o desenvolvimento embrionário e fetal.

Nessa matéria, realçamos os questionamentos de Vera Lúcia Raposo quanto à livre revogabilidade do consentimento e ao entendimento do legislador para a definição do “início dos processos terapêuticos de PMA”, na medida em que a lei não é clara quanto a designação desse momento, nomeadamente, se se trata do instante em que a gestante começa a tomar medicamentos para estimular a ovulação, o momento da recolha do espermatozoides ou o momento da implantação do embrião¹²⁸.

O legislador admitiu a possibilidade das partes rescindirem o contrato de gestação de substituição e qualquer vínculo entretanto assumido, sem que para isso, resulte responsabilidade contratual pelo incumprimento.

Aliás, a faculdade de rescisão do contratual é permitida, apenas e na medida em que o procedimento terapêutico ainda não tenha sido iniciado, por não existir dessa forma a consumação da gravidez por conta de outrem.

Contudo e como veremos ainda no âmbito do presente estudo, é notório que a gestação de substituição está muito aquém da perfeição, visto que existem outras questões que podem surgir durante todo o acordo de gestação de substituição,

¹²⁸ RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 18.

nomeadamente, quando estamos diante de situações em que o procedimento terapêutico já foi concluído, existindo desse modo, uma gravidez por conta de outrem, e o conflito que se gera quando confrontado com o direito das partes em arrepender-se da decisão inicialmente tomada.

Por outro lado, tal como a criança, a gestante de substituição é considerada pelo legislador um elemento frágil, que carece de atenção especial, pelo que o seu consentimento se materializa da seguinte forma:

- a) Autorização para ser submetida a uma técnica de PMA;
- b) Autorização para que o embrião criado por aquele casal seja implantado no seu útero, para que venha desenvolver uma gravidez e dar à luz;
- c) Reconhecer e consentir que a criança que nascer, não é seu filho, mas sim, do casal que figura como beneficiário do acordo de gestação;
- d) Entregar a criança nascida aos seus pais, isto é, ao casal de beneficiários;
- e) Declaração em como está ciente de todos os benefícios, riscos conhecidos e possíveis, e ainda das implicações que as mesmas podem suscitar, sejam elas éticas, sociais ou jurídicas, assegurando perante o médico que a sua vontade é manifestada de forma livre e consciente;
- f) Tal consentimento deverá ser prestado no âmbito de modelo próprio, aprovado pelo CNPMA, enquanto entidade reguladora;
- g) O consentimento prestado é suscetível de ser revogado, desde que o processo terapêutico de PMA não tenha iniciado;
- h) Declaração em como está devidamente informada sua influência no desenvolvimento embrionário e fetal.

Do ponto de vista do legislador, o consentimento da gestante de substituição é entendido como a peça fulcral para sustentar a validade do contrato de gestação, visto que é ela quem vai suportar o maior encargo com todo o processo.

Com efeito, recordamos todo o sacrifício que é imposto sobre a gestante: é ela quem irá disponibilizar o seu corpo; quem irá sofrer todas as mudanças inerentes ao período gestacional; quem irá dispor de nove meses da sua vida em prol do casal de beneficiário; quem irá suportar o desapego, ao longo desse período, daquele *ser*, daquela criança, que esteve em formação e a crescer dentro de si; quem também irá renunciar todos os poderes próprios da maternidade.

Realçamos os questionamos de Patrícia Gonçalves quanto a suficiência dos modelos-tipo/formulários aprovados pelo CNPMA. A autora entende que os formulários já aprovados pelo CNPMA não fazem *jus* ao determinado na lei, na medida em que são omissos quanto as “implicações éticas, sociais e jurídicas” e ainda, havendo necessidade da informação ser transmitida o mais completa possível, e a exaustividade necessária pode variar de caso para caso, os formulários disponibilizados deveriam sofrer constantes atualizações¹²⁹.

Efetivamente, da análise aos modelos-tipos dos formulários disponibilizados pelo CNPMA verifica-se uma extrema limitação da informação ali contida, além de simplesmente omitir a existência de cônjuge ou companheiro da gestante¹³⁰.

É incompreensível a forma como a LGS foi completamente omissa às situações em que a gestante de substituição seja casada ou viva em condição análoga às dos cônjuges, em sentido semelhante ao que ocorre no âmbito do instituto da adoção, pelo que a insuficiência do acordo de gestação de substituição começa logo pelo consentimento prestado (ou a ausência dele), dada a precariedade das informações contidas nos formulários aprovados pelo CNPMA, fazendo com que a ânsia do legislador em aprovar a gestação de substituição só evidencie o seu despreparo e a invalidade do contrato aqui defendido.

Não podemos ficar omissos à circunstância de que o interesse máximo aqui em evidência é a vida da criança e da gestante, sendo que a agressão grosseira que se verifica no instituto da gestação de substituição não pode manter-se vigente, ainda que para tanto o que esteja em causa seja o desejo dos beneficiários de terem filhos biológicos. Por muito que se aceite as motivações destes, a verdade é que a ética e a humanidade com o próximo poderá ser colocada em risco, quando o nosso “eu” pretende sobrepor-se à vida e a dignidade do próximo.

¹²⁹ Vide GONÇALVES, Patrícia – **Consentimento (Des)Informado na PMA Heteróloga?** In *Lex Medicinæ* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora. Depósito Legal 214044/04. Ano 8, nº 15 Janeiro/Junho 2011, p. 130.

¹³⁰ Cfr. análise aos formulários de consentimento informado disponibilizados pelo CNPMA. [Em Linha]. [Consult. 15 de Set. 2018]. Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_CI25_TE_GS.pdf e http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_CI24_FIV_ICSI_GS.pdf

2.3 AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS

O acordo de gestação de substituição está sujeito a um conjunto de etapas/fases que as partes têm de seguir para conseguir alcançar a sua finalidade. A nosso ver, existem cinco momentos fulcrais e distintos: a declaração de consentimento das partes, a audição da Ordem dos Médicos, a autorização do CNPMA, a celebração do contrato de gestação de substituição e por fim, o início do procedimento.

Como vimos, o consentimento fornecido às partes é a peça fulcral para a validade e eficácia da gestação de substituição, sendo certo que o contrato, redigido a escrito, é uma das formas fundamentais de que as partes dispõem, para consagrar o seu acordo com os termos do procedimento a ser iniciado.

O contrato de gestação de substituição deverá ser o mais completo possível e reunir, em si, todas as informações relevantes, de modo a prever e configurar todas as situações passíveis de surgir durante a vigência daquele contrato, com vista a colmatar todos – ou pelo menos, quase todos – os litígios que possam eventualmente ser suscitados pelas partes e gerar conflitos, bem como o modo/meio a adotar para resolução dos mesmos.

Além disso, o contrato também funciona como um complemento para o consentimento, na medida em que a declaração ali contida realça o já exposto na declaração de consentimento, sendo que o mesmo deve obrigatoriamente constar os direitos e deveres de cada uma das partes, delimitando os seus limites de atuação, para que no plano geral do contrato, se compreenda com clareza a posição de cada um dos seus intervenientes.

Deste modo, importa aferir no âmbito do presente tópico, se o modelo escolhido pelo legislador acautelou devidamente, as diversas questões/problemas que possam surgir durante a vigência do contrato, bem como se o legislador previu o modo como as partes deverão resolver o litígio.

Dada a sensibilidade do tema, o nosso estudo deve ser cauteloso e sistemático para melhor compreensão, pelo que a análise começa pelas disposições gerais, seguido dos direitos e deveres da gestante e do casal beneficiário e, posteriormente, pelas cláusulas contratuais comuns às partes.

2.3.1 Disposições gerais

Como vimos anteriormente¹³¹, o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho veio regulamentar o acesso à gestação de substituição e indica o procedimento a ser seguido para que os interessados possam beneficiar dessa nova modalidade.

Em suma, o legislador remeteu para o CNPMA, a competência de gestão dos pedidos de acesso à gestação de substituição, bem como a supervisão e acompanhamento de todo o processo, devendo assegurar o estrito cumprimento da lei e acautelar pela segurança das partes em todo o procedimento. De igual modo, o n.º 1 do art.º 3.º do referido decreto regulamentar, remete também para o CNPMA a competência de elaborar e aprovar um contrato-tipo a ser utilizado pelas partes, devendo constar todos os elementos essenciais para a sua eficácia.

Efetivamente, o CNPMA disponibilizou um contrato-tipo¹³² que será utilizado por aquele centro no âmbito dos contratos de gestação de substituição em geral, estando tal contrato já pré-estipulado, com cláusulas contratuais que o norteiam e que, à partida, estarão em conformidade com o disposto no art.º 8.º da LGS e art.º 3.º n.º 3.º do Decreto Regulamentar. Além disso, é concedida ainda às partes, a possibilidade de acrescentarem as cláusulas que entenderem ser conveniente, observando os princípios da sua liberdade contratual.

Do referido contrato-tipo, podemos extrair algumas disposições gerais, tal como a obrigatoriedade de ser consignado pelas partes, um domicílio em Portugal, ainda que seja irrelevante a sua nacionalidade e local da sua residência habitual.

Salientamos ainda outros aspetos relevantes, nomeadamente, a declaração de que nenhuma das partes estão em situações de incapacidade jurídica, que os impossibilite de celebrar o negócio jurídico, bem como a natureza gratuita do contrato e a inexistência de qualquer situação de subordinação económica, seja de natureza laboral ou de prestação de serviços. Além disso, consagra expressamente, que a criança a nascer, é tida como filha do casal beneficiário¹³³ e que as partes “foram informadas por escrito dos benefícios e dos riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, das suas implicações éticas, sociais e jurídicas e do significado da influência da gestante

¹³¹ Vide Capítulo I – Título 4.º - O acesso e a tramitação processual.

¹³² Disponibilizado em http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf

¹³³ Em cumprimento do disposto no n.º 7 do art.º 8.º da LGS.

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 esclarecida¹³⁴”.

Com efeito, destacamos alguns direitos e deveres específicos de cada uma das partes.

De um lado, temos a gestante de substituição que se compromete a:

- a) Ser fisicamente submetida às técnicas de procriação medicamente assistida, para implantação do embrião;
- b) Iniciar uma gravidez e suportá-la até o seu fim;
- c) Entregar a criança ao casal contratante após o parto;
- d) Renunciar todos os direitos e deveres parentais sobre a criança.

Do outro lado, o casal contratante (ou social) compromete-se a:

- a) Receber a criança;
- b) Suportar todas as despesas médicas e de transportes, indispensáveis para a saúde da gestante de substituição e o bebé;
- c) Assumir todos os direitos e deveres parentais sobre a criança.

Estamos, pois, diante de negócios jurídicos bilaterais, sinalagmáticos, com direitos e obrigações atribuídas a ambas as partes, sendo certo que o art.º 8.º n.º 9.º da Lei da PMA dispõe que “Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição”, pelo que importa aferir no presente tópico, quais são os direitos e deveres a que as partes estarão se vinculando com a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, com vista à compreender se existe alguma desconformidade jurídica que o legislador não terá acautelado devidamente.

¹³⁴ Cfr. alínea g) do contrato-tipo aprovado pelo CNPMA. [Em Linha] [Consult. 16 de Ago. 2018]. Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf; Vide Capítulo II, subdivisão “O consentimento informado e esclarecido”.

2.3.2 Os direitos das partes

O disposto no art.º 12.º da Lei da PMA, por remição do art.º 8.º n.º 9.º nos elucida alguns aspetos que devem ser observados e contempla alguns direitos que, tanto a gestante de substituição, como o casal beneficiário têm, à luz da LSG. Importa antes de mais, destacar que o referido preceituado foi concebido para as técnicas de procriação medicamente assistida em geral, sendo que o legislador limitou-se a fazer uma remição.

Em suma, podemos dividir o referido preceituado em duas partes: os aspetos relacionados com a integridade física das partes e os aspetos relacionados com a liberdade pessoal.

Os aspetos relacionados com a integridade física estão associados às alíneas a) e b) do art.º 12.º da Lei da PMA, na medida em que assegura que o procedimento só pode ser efetuado, em circunstâncias que ofereçam segurança para a saúde da mãe ou do filho, isto é, as partes não podem ser submetidos a procedimentos “cuja utilização comporte riscos significativos”, bem como garantir que o procedimento é efetuado em “ambiente idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas requeridas”¹³⁵.

No que concerne aos aspetos relacionados com a liberdade pessoal, podemos encontrá-las nas alíneas c), d) e e), visto que estamos diante de situações em que a lei garante às partes o direito à informação, o mais completa possível, com rigor e seriedade.

Neste sentido, realçamos a alínea c), que vem reforçar, uma vez mais, a necessidade das partes de serem “corretamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos”, tal como vimos anteriormente, no âmbito do consentimento informado e esclarecido¹³⁶.

No que concerne às alíneas d) e e), destacamos a insistência do legislador ao assegurar que o CNPMA irá desenvolver mecanismos para a compreensão minuciosa,

¹³⁵ A nosso ver, qualquer centro que realize procedimentos que interferem, direta ou indiretamente, com a saúde pública, devem assegurar que os mesmos sejam realizados com eficiência e distinção, acautelando a máxima segurança para a vida dos seus intervenientes, não sendo aceitável algo inferior a isso.

¹³⁶ Cfr., disposto no art.º 14.º n.º 2 *in fine*, da Lei da PMA, sob a epígrafe «Consentimento».

de cada caso em concreto, isto é, tal entidade deverá providenciar uma análise individual, para aferir se existem “razões que motivem a recusa de técnicas de PMA”. A nosso ver, este preceituado está intimamente associado à alínea a), na medida que visa assegurar, acima de tudo, a vida e a dignidade de todos os intervenientes do contrato de gestação. Por sua vez, a alínea e), visa assegurar que os intervenientes, antes de pretenderem utilizar o instituto da gestação de substituição, sejam esclarecidos quanto ao instituto da adoção, como meio alternativo e possível, que acautela acima de tudo, a defesa das crianças¹³⁷.

Daquilo que já foi exposto, destacámos também outros direitos da gestante que não foram previstas pelo preceituado acima mencionado, visto que o mesmo foi criado, como se disse, para as técnicas de procriação medicamente assistida, sendo expectável que não preveja os temas específicos para a gestação de substituição.

Referimo-nos à imposição de comportamentos à gestante.

Como visto anteriormente, em sede das problemáticas da gestação de substituição e à coisificação da gestante, uma das discussões basilares do instituto da GS consiste na intolerância de se aceitar que o casal contratante, condicione a vida da gestante em função do serviço prestado por ela¹³⁸.

Nessa senda, o legislador consagrou no n.º 11 do art.º 8.º da Lei da PMA a proibição de se impor comportamentos à gestante, bem como “normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”, pelo que a cláusula 2.ª do contrato-tipo prevê a não diminuição do exercício dos direitos fundamentais por parte da gestante, no que concerne aos direitos de natureza social, laboral ou qualquer outra não designada expressamente, bem como assegura o acompanhamento psicológico desta, durante todo o processo e após o parto.

A nosso ver, tal não poderia ser diferente, visto que a intenção do legislador seria o de limitar a gestante apenas àqueles cuidados normais para a sua condição de grávida, garantindo que aquela criança tenha o devido desenvolvimento fetal. Contudo, é

¹³⁷ Guilherme de Oliveira entende que “não pode dizer-se que é a mesma coisa adotar uma criança sem família ou programar o nascimento de uma criança de tal modo que ela abandone a sua mãe natural”. Na sua opinião existe uma grande diferença entre estes dois institutos, na medida em que a adoção não será decretada, sem que se comprove a garantia do interesse da criança. Vide, OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 55-56.

¹³⁸ Dentre nós, destacamos CHABY, Estrela – **Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem** In Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, pp. 354-355.

impossível assegurar que não haverá imposições de comportamentos à gestante, principalmente quando o contrato assente no altruísmo desenvolve-se, predominantemente, no seio da família.

2.3.3 Os deveres das partes

Tal como acontece no âmbito dos direitos das partes, o art.º 8.º n.º 9.º da Lei da PMA remete para o instituto da gestação de substituição, o regime dos deveres dos beneficiários, previsto no disposto no art.º 13.º, utilizado no âmbito da aplicação das técnicas de PMA, devendo para o efeito, proceder às devidas adaptações.

Com efeito, também podemos dividir o referido preceituado em duas partes: o dever a prestar toda a informação indispensável para a eficácia do procedimento e o dever de obedecer todas as recomendações dos médicos.

O dever a prestar toda a informação indispensável para a eficácia do procedimento resulta claro do disposto na alínea a) do n.º 1 e pelo artigo 2.º do referido preceituado, que estipula que os intervenientes do acordo de gestação de substituição devem prestar todas as informações solicitadas e que são imprescindíveis “para o correto diagnóstico da sua situação clínica e para o êxito da técnica¹³⁹”. O n.º 2 do referido preceituado destaca a necessidade de serem informados de aspetos relacionados com a saúde e desenvolvimento daquela criança, por ter nascido com recurso às técnicas de PMA. Estes elementos destinam-se à avaliação global “[d]os resultados médicos-sanitários e psicossociológicos dos processos de PMA¹⁴⁰”.

Por outro lado, o dever de obedecer todas as recomendações dos médicos, constante na alínea b) do n.º 1 do art.º 13.º visa assegurar que as partes tenham consciência da importância de obedecer escrupulosamente, todas as recomendações médicas, durante todo o processo de gestação, enquanto aspeto fundamenta para a segurança de todos, como também para eficácia e sucesso do procedimento.

¹³⁹ Alínea a) do n.º 1 do art.º 13.º da Lei da PMA.

¹⁴⁰ Cfr. disposto no n.º 2 do art.º 13.º da Lei da PMA.

2.3.4 O regime da resolução contratual

Como vimos, o contrato de gestação de substituição suscita diversas questões de natureza ética e moral, incitando uma divisão doutrinária quanto à sua admissibilidade. Uma das grandes preocupações que pairam sobre o tema consiste em saber o destino a ser dado àquela criança, quando, após o início da gestação, surja alguma situação que altere as circunstâncias e que modifique substancialmente a vontade dos contraentes.

O CNPMA estabeleceu um conjunto de situações que devem ser observados e que considerou indispensável para uma avaliação ética favorável. Dentre eles, destacamos a previsão de disposições contratuais para o caso da ocorrência de malformações ou doenças fetais e de eventual interrupção da gravidez¹⁴¹. Consequentemente, o legislador previu, no n.º 11 do art.º 8.º da Lei da PMA, que o contrato deve ter em consideração “as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez”.

Contudo, o legislador não designa qual das partes tem a palavra final quanto a situações relacionadas com o destino a dar à criança nessas situações, nomeadamente, se são os pais contratantes ou a própria mulher grávida, remetendo *novamente* para o CNPMA a competência de esclarecer tais questões¹⁴².

Deste modo, competiu ao CNPMA esclarecer questões relacionadas à matéria de revogabilidade do consentimento prestado, em caso de alteração substancial das circunstâncias, quando a gravidez já tenha sido iniciado, fazendo com que as cláusulas 8.ª a 12.ª do contrato-tipo fossem destinadas a suprir e esclarecer, aquilo que o legislador não pode explicar.

O contrato de gestação de substituição prevê dessa forma, as situações em que são admitidas revogar o consentimento prestado, ainda que em casos muito excepcionais e devidamente justificados.

¹⁴¹ Cfr. Parecer 63/CNECV/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, p. 10.

¹⁴² Aliás, nem o próprio Dec. Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho que regula o acesso à gestação de substituição é claro quanto a esta matéria, limitando-se a prever o seu art.º 3.º n.º 3 alínea g) que o contrato-tipo a ser aprovado pelo CNPMA deve prever “as disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição”, bem como prevê na sua alínea h) que o contrato também deve consagrar as situações a serem observadas em caso de interrupção voluntária da gravidez.

Em suma, existem três possibilidades de resolução/revogação do acordo de gestação de substituição.

A primeira ocorre quando uma das partes decide pôr termo ao acordo de gestação de substituição e o procedimento terapêutico ainda não foi iniciado¹⁴³. Neste caso, não há qualquer indenização a ser paga pela parte que rescindiu o acordo, visto que a gravidez ainda não foi iniciada.

A segunda situação ocorre por decisão da mulher grávida que pretende interromper voluntariamente a gravidez, nas primeiras 10 semanas, em observação ao disposto no art.º 142.º n.º 2 alínea e) do Código Penal. Nesta situação, a gestante de substituição deverá restituir ao casal beneficiários o valor total suportado por estes a título de despesas realizadas com o tratamento, *cfr.* cláusula 8.ª do contrato-tipo aprovado pelo CNPMA.

A nosso ver, esta não poderia sequer ser uma opção, por posicionarmos contra a qualquer forma de violação contra a vida intrauterina, em virtude de existir uma vida, em desenvolvimento, com relevo constitucional e dotado de personalidade jurídica, a quem cabe ao Estado proteger.

Na terceira hipótese, as causas para a resolução contratual estão assentes em questões de estritas de saúde do feto e da própria gestante, cujos contornos só podem ser diagnosticados *a posteriori* e que devem ser encaradas com seriedade pelas partes.

Deste modo, o contrato de gestação de substituição apenas admite a resolução contratual em situações em que exista algum tipo de ocorrência de malformação do feto ou que este desenvolva alguma doença fetal, bem como nas situações em que a gravidez consubstancia num risco eminente para a vida da gestante, sendo que a interrupção voluntária é o único meio de evitar/afastar os danos irreversíveis para a saúde física e psíquica da mulher.

O contrato-tipo aprovado pelo CNPMA respondeu àquilo que foi a omissão do legislador e designou na sua cláusula 9.ª que “havendo seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, a decisão da concretização da interrupção da gravidez, que terá de ser

¹⁴³ Cfr. Cláusula 8.ª n.º 1 1.ª parte e art.º 14.º n.º 4 da Lei da PMA por remissão do art.º 8.º n.º 8 do referido preceituado.

realizada nas primeiras 24 semanas da gestação, caberá em conjunto ao casal beneficiário e à gestante”, sublinhado nosso.

Quando o casal beneficiário e a gestante decidem de forma unânime interromper a gravidez, nos termos acima expostos, o contrato-tipo não prevê qualquer tipo de indenização pela resolução do acordo de gestação.

A questão que se coloca é quando ambas as partes não chegam a um consenso, causando divergência de posição. Ora, tratando-se de um procedimento que interfere intimamente com a vida da mulher grávida, que se disponibilizou a participar de um projeto parental assumido pelos beneficiários, seria natural que a última decisão fosse sua.

Além disso, a lei é clara quando designa no seu art.º 8.º n.º 11 a proibição de se impor à gestante, “normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”. Contudo, ainda que a palavra final seja da gestante, importa distinguir se a sua decisão está em conformidade com a vontade do casal contratante ou se existe discordância entre as partes.

Todavia, a cláusula 10.^a do contrato-tipo prevê que se a gestante decidir de forma contrária à vontade do casal contratante, haverá o pagamento de uma indenização correspondente aos danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes do nascimento da criança. *A contrario sensu*, se a gestante decidir em harmonia com a vontade do casal contratante, não haverá qualquer tipo de pagamento de indenização.

Ora, além do sacrifício que a gestante suporta ao longo de todo o processo, bem como da sua instrumentalização, ainda é estipulado o pagamento de uma indenização quando esta atue de forma contrária à vontade dos beneficiários, como se se tratasse de uma penalização por decidir como bem entende¹⁴⁴.

Vera Lúcia Raposo entende que “o acto de trazer uma nova vida ao mundo não pode fundar danos morais ressarcíveis”, e apesar de se afirmar que alguém veio ao mundo contra a sua vontade, “houve consentimento na utilização inicial do material genético para esse propósito; e embora o nascimento em si mesmo não tenha sido

¹⁴⁴ Não seria esta, uma violação expressa do disposto no art.º 8.º n.º 11 que proíbe expressamente a imposição sobre a gestante, de “normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”?.

desejado, repugna que o nascimento de uma pessoa possa causar a alguém dores e desgostos a que o direito deva atender¹⁴⁵”.

Existe ainda, outra situação que o contrato não prevê o pagamento de indenização, que corresponde aos casos em que a gravidez corresponde um risco grave para a vida da mulher. Nessa situação, é admitida a resolução contratual e a interrupção da gravidez, não cabendo à gestante o pagamento de indenização, mas antes, haverá uma análise das consequências ocorridas no estado de saúde da gestante, as quais serão observadas em sede de responsabilidade civil, prevendo a cláusula 12.^a do contrato-tipo que o risco correrá predominantemente por conta do casal beneficiário.

2.4 O DIREITO AO ARREPENDIMENTO

O ser humano não é um ser estático, mas revestido de vontades e desejos, que estão em constante mutação, podendo ou não alterar-se com o passar dos anos. No fundo, ninguém está imune a estas alterações, sendo que estamos todos sujeitos à mudança de opinião ou de vontade, pelo que com a gestação de substituição, também não poderia ser diferente.

Como salientámos anteriormente, o acordo de gestação de substituição está muito aquém da sua perfeição e ainda que a sensibilidade do tema exija rigor e seriedade das partes, não se pode excluir por completo a hipótese de uma delas mudar a sua posição/vontade, antes ou depois do parto. É nesse sentido que falamos em direito ao arrependimento, correspondendo ao direito das partes em mudarem de opinião daquela em que se vincularam. Esta mudança de opinião pode vir tanto da gestante, como também do casal contratante, havendo inúmeros motivos para isso acontecer.

Dito isto, consideramos haver um justo fundamento para concluir pela invalidade do acordo de gestação de substituição, não só pela sua contrariedade com a ordem pública, que será melhor estudada mais adiante, mas também na medida em que a indecisão dos contraentes e posterior revogação do consentimento é suscetível de colocar em risco o destino daquela criança.

¹⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 34.

O art.º 14.º n.º 4 da Lei da PMA por remissão do art.º 8.º n.º 8 consagra a possibilidade dos contraentes de revogar o consentimento prestado “até ao início do processo terapêuticos de PMA”, pelo que a lei reconheceu a possibilidade das partes mudarem de ideia e revogar o consentimento prestado, mas impõe um determinado momento para isso acontecer¹⁴⁶. A *contrario sensu*, isso significa que a lei expressamente consignou que após o início do procedimento terapêutico, nenhum dos contraentes podem revogar o consentimento prestado, devendo assumir todos os compromissos inicialmente previstos.

O direito ao arrependimento analisado no prisma dos beneficiários e da gestante, ainda que reunidos no mesmo contrato, têm pesos diferentes, na medida em que o projeto parental é assumido pelos beneficiários, em prol do seu desejo de constituir família, mas é a gestante que se voluntaria para concretizar esse mesmo projeto e é sobre esta que incide a maior responsabilidade.

Em todo o caso, não pode a gestação de substituição ser mais uma lei entre muitas, só porque existem um núcleo de casais que desejam ter filhos biológicos. É necessário olhar para o superior interesse da criança, para a gestante de substituição que é alvo de uma instrumentalização para a satisfação dos desejos do casal e, bem assim, é indispensável olhar objetivamente para um conjunto de questões que não encontraram respostas plausíveis para considerar a validade do acordo de gestação

Como vimos, o legislador facultou às partes, a possibilidade de revogarem o seu consentimento, até o início do processo terapêuticos de PMA, deixando simplesmente, um vácuo na lei, no que concerne a matérias associadas ao arrependimento das partes após esse período, nomeadamente, as situações em que o casal contratante muda de ideia e já não pretendem ficar com a criança, ou, em sentido contrário, a lei também nada menciona quanto a possibilidade de a gestante pretender ficar com a criança.

Em suma, o que está em causa é a atualidade do consentimento prestado, visto que a vontade das partes é manifestada, no mínimo, com um ano de antecedência, antes inclusive, da própria celebração do contrato de gestação, pelo que, durante esse período, pode haver diversas situações que modifiquem a vontade das partes.

¹⁴⁶ Essa possibilidade também é realçada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017 publicado no Diário da República, Série I N.º 146 de 31 de julho de 2017. [Em Linha]. [Consult. 15 de Ago. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/107785481>

Quanto à gestante de substituição, não podemos deixar de realçar a ligação que esta estabelece com o feto, durante toda a gestação, tratando-se de uma conexão afetiva que modifica o estado de *ser* de ambos¹⁴⁷.

Como bem salienta José de Oliveira Ascensão, “a gestação provoca por natureza uma relação entre a gestante e o ser que cresce dentro dela, levando a laços de afeição profundos¹⁴⁸”.

Ora, tal conexão pode ser suscetível de modificar também o consentimento inicialmente prestado pela gestante, fazendo com que esta queira manter a gravidez, mas como um projeto parental próprio e não em benefício do casal contratante. Aliás, o próprio legislador reconheceu a influência da gestante durante todo o processo de gestação, bem como o papel importante que esta desempenha para o feto, consagrando que no âmbito do consentimento, devem conter informações quanto ao “significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal”, como por exemplo, a epigenética, conforme resulta do art.º 14.º n.º 6 da Lei da PMA. Por outro lado, também nada menciona quanto a influência que a afeição ao feto pode desenvolver sobre a própria gestante.

Por sua vez, o casal beneficiário também pode, após o início do processo terapêutico, desistir do seu projeto parental, cujas razões podem ser de naturezas diversas, sendo que existe um completo vazio quanto ao procedimento a ser adotado nesta situação. Salientamos, os casos em que o casal opta pelo divórcio ou quando ocorre o falecimento de um ou ambos elementos do casal, ou simplesmente, por pretender desistir do projeto parental, seja ele por problemas de ocorrência de malformações ou doenças fetais que condicionarão a vida daquela criança (e, consequentemente, a vida do casal).

Stela Barbas destaca a existência de uma “assimetria no casal susceptível de acarretar problemas”, visto que na gestação de substituição, enquanto é requerida a ligação genética de pelo menos um dos elementos do casal, no regime da adoção, “tanto

¹⁴⁷ Como bem evidencia o Parecer 87/CNECV/2016 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que reconhece haver “alguma evidência quanto à ligação (psicológica, biológica/epigenética) que se estabelece durante a gestação entre o feto e a mulher grávida, ligação que é importante para o desenvolvimento futuro da criança”, p. 15. [Em Linha]. [Consult. 20 de Ago. 2018]. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf

¹⁴⁸ ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética, p. 24.

a mulher como o homem estão em igualdade de condições face aquela criança que não pertence geneticamente a nenhum deles, mas que ambos adotam¹⁴⁹”.

O legislador sequer ponderou essas possibilidades, visto ter adotado um regime de irrevogabilidade, não deixando outra opção às partes, a não ser manter – custe o que custar – o consentimento prestado¹⁵⁰. O próprio contrato de gestação de substituição é omissivo quanto a estas questões, visto que o legislador excluiu totalmente esta hipótese, prevendo apenas alguns casos muito excepcionais de rescisão/revogação/denúncia do contrato ou quando a gestante pretende interromper voluntariamente a gravidez¹⁵¹.

Ora, é evidente que, o molde escolhido pelo legislador deixou muitas questões a pairar sobre o tema, quando poderia (e deveria) ser mais claro quanto a estas situações. Nesse sentido, foi solicitada a intervenção do TC, para aferir a constitucionalidade da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto (Lei da Gestação de Substituição).

No seu Acórdão n.º 225/2018, de 07 de Maio, o TC considerou, em primeiro lugar, que a exigência contida na lei da gestação de substituição, nos moldes definido quanto à impossibilidade da gestante de livremente poder revogar o seu consentimento após o parto, é manifestamente excessiva, visto que ao contrário do que ocorre com o casal contratante, as obrigações assumidas pela gestante interferem diretamente com os seus direitos fundamentais, nomeadamente, o direito à integridade física, o direito à saúde e o direito a constituir família e a ter filhos¹⁵².

Nessa mesma linha de entendimento, Vera Lúcia Raposo relembra que “a principal motivação do direito ao arrependimento é a preservação da liberdade de decisão da gestante de substituição, não a querendo acorrentar a um contrato¹⁵³”, sendo que a aceitação da gestante de substituição, para participar do projeto parental do casal beneficiário, resultou de um ato nobre e altruísta, assente na sua vontade, pelo que tal liberdade deverá ser mantida, até o cumprimento do contrato.

¹⁴⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**, p. 145.

¹⁵⁰ Aliás, essa omissão foi amplamente realçada por RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 15-23.

¹⁵¹ Esta temática que será melhor desenvolvida, mais adiante, em sede de análise das cláusulas contratuais e a nulidade do contrato.

¹⁵² *Cfr.* Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série I - n.º 87 de 07 de Maio de 2018. [Em Linha]. [Consult. 25 de Ago. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>

¹⁵³ RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 16.

Com efeito, o TC observou ainda os sacrifícios que a gestante se submete, em prol dos beneficiários, para um projeto em que a mesma foi solidária, resultante do direito ao desenvolvimento da sua personalidade, para a realização de um projeto parental que lhe é alheio, mas que, de forma altruísta, pretendeu voluntariamente participar, para viabilizar o nascimento de uma criança, que não será seu filho, mas antes, do casal beneficiário.

Deste modo, o TC entendeu que obrigar a gestante de substituição a cumprir forçosamente o contrato, quando esta já não pretende participar do projeto parental em que se vinculou, resultaria na sua instrumentalização, interferindo com seu direito à autodeterminação e dignidade humana, pelo que entendeu ser fundamental “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 substituição”.

Foi nesse desiderato que o Tribunal Constitucional declarou manifestamente inconstitucional o modelo de gestação de substituição e a irrevogabilidade do consentimento da gestante, por considerar que a mesma restringe de forma grosseira o seu direito ao desenvolvimento da personalidade, bem como atenta contra a sua dignidade humana, e afeta o seu direito de constituir família¹⁵⁴, reconhecendo a esta, o direito de poder arrepender-se do consentimento inicialmente prestado e poder assumir, para si, aquele projeto parental primariamente desenvolvido pelo (e para) casal beneficiário.

¹⁵⁴ Em observação aos preceitos constitucionais previstos no art.º 1.º, n.º 1 do art.º 26.º, n.º 1 do art.º 36.º, e ainda, em consideração o n.º 2, do art.º 18.º todos da CRP.

2.5 O CONCURSO DE PROJETO PARENTAL

Por força do entendimento do TC, podemos concluir que será menos censurável o modelo de gestação de substituição que permita a gestante de substituição revogar o seu consentimento – a todo o tempo – principalmente, após o parto, resultando na disputa entre o casal beneficiário e a gestante, pelo reconhecimento da parentalidade daquela criança. A nosso ver, esta situação resultará naquilo que é designado *o concurso de parentalidade*.

Em suma, o concurso de parentalidade resulta, inevitavelmente, da faculdade concedida à gestante de substituição de poder adotar para si, o projeto parental que inicialmente foi assumido pelo casal beneficiário e que, só foi possível pela voluntariedade desta última, sendo certo que é necessário compreender o impacto que tal concurso terá sobre a vida de cada um dos seus intervenientes.

Entendemos que não se trata de prevalecer as motivações da gestante sobre a dos beneficiários, visto que ambos delimitam um projeto parental sobre a mesma criança. Afinal, ainda que esta seja considerada geneticamente filha do casal de beneficiários, a gestante também dispõe da vantagem que resulta da ligação socio-afetiva que o feto estabelece com a mesma e da qual os beneficiários não fazem parte, devendo ser considerado que a separação da criança da gestante, consubstancia num sacrifício superior ao que ocorre com o casal de beneficiários que apenas contribuíram com o seu material genético.

Atento o que precede, é evidente que o regime do cumprimento do contrato de gestação da substituição – a entrega da criança – consiste numa fase um pouco mais complexa, daquilo que foi a intenção inicial do legislador português.

Em todo o caso, e afastando-nos das motivações que levam a gestante a assumir um projeto parental próprio ou ao casal beneficiário a afastar-se dele, a verdade é que a gestação de substituição potencializa o debate sobre “quem ficará com a criança”, sujeitando-a à vontade dos contraentes ao longo de todo o processo de gestação e pós parto, para saber quem efetivamente serão os seus pais.

A nosso ver, tal incerteza resulta na invalidade do contrato de gestação, por considerar que a criança não pode ficar em *stand by* a aguardar que os “pais” decidam

quem assumirá o projeto parental sobre ela ou que os tribunais venham decidir eventual litígio entre elas sobre esta questão.

Além disso, relembramos que uma das principais características da gestação de substituição, na sua vertente gratuita, resulta em que tal modelo maioritariamente desenvolve-se dentro do círculo familiar ou de amigos, visto não existir qualquer compensação pelo “serviço prestado”, pelo que importa aferir as consequências que o contrato de gestação de substituição poderá desenvolver, não só *inter partes*, como também dentro do contexto familiar.

A título exemplificativo, imaginemos a seguinte situação:

Maria e João, casados, estão impossibilitados de conseguir gravidez pelos meios naturais, por problemas inerentes ao órgão reprodutor de Maria que a impede de suportar, de forma segura e definitiva, a gravidez. Joana, sua irmã, presenciando a dificuldade do casal em concretizar o maior sonho das suas vidas, predispõe-se a suportar a gravidez, em benefício do projeto parental assumido pelo casal.

Para o efeito, acedem ao instituto de gestação de substituição, ambos contribuindo com o seu material genético, fazendo com que Maria e João fiquem ansiosíssimos por verem vosso sonho finalmente a ser concretizado e começam desde logo, a criar legítimas expectativas e começam a preparar todo enxoval do bebé.

Durante toda a gestação, Joana nutre uma ligação fortíssima com aquela criança e decide revogar o seu consentimento, assumindo um projeto parental próprio sobre a mesma criança. Posteriormente, o tribunal decide atribuir a parentalidade à gestante de substituição e ao seu companheiro, por melhor se enquadrar nos critérios do superior interesse da criança.

Agora, Maria e João terão um sobrinho, que é geneticamente seu filho, enquanto Joana será mãe de um filho, que é geneticamente seu sobrinho.

Como será o sentimento de Maria e João ao participarem ativamente na vida daquela criança (que geneticamente e emocionalmente é seu filho) e serem chamarem de tios? Como será o relacionamento de Maria e Joana, após a gestação de substituição? Ainda mais longe, imaginemos que a criança nasça e seja afetivamente mais ligada à Joana do que Maria, sua mãe, haverá algum ciúme entre irmãs?

José Oliveira Ascensão reconhece que a ligação que se estabelece entre a gestante e o feto seja de tal forma elevada, que esta se negue a entregá-la ao casal beneficiário e entende que “isto demonstra a artificialidade do processo, que rompe com a realidade natural da procriação¹⁵⁵”.

Por sua vez, Paulo Otero afirma que “a ordem jurídica de um Estado humano não pode deixar de proteger os direitos dos mais fracos e débeis contra a força dos mais fortes: entre a força da tutela da liberdade da mulher que se dispõe a ceder o seu útero e a debilidade da tutela da dignidade da criança que ela pretende albergar, deve sempre prevalecer a garantia da dignidade desta última, até porque assim também se protege a própria dignidade da mulher¹⁵⁶”.

É indiscutível que tal situação traz complicações incontornáveis para o seio familiar, realçando a sensibilidade do tema e evidenciando que o modelo da gestação de substituição está longe de alcançar validade jurídica, não só pela sua contrariedade com a ordem pública e bons costumes, mas também pela violação da dignidade da criança face ao eminente ambiente negativo que esta poderá ser inserida e que compromete o seu ambiente familiar normal¹⁵⁷.

¹⁵⁵ ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética, p. 24.

¹⁵⁶ OTERO, Paulo – **A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição**, p. 88.

¹⁵⁷ Cfr. art.º 69.º n.ºs 1 e 2, da CRP.

CAPÍTULO III – DO ESTABELECIMENTO DE FILIAÇÃO

No âmbito do presente capítulo, aprofundaremos o nosso estudo com a análise ao critério biológico e as implicações que as técnicas de procriação medicamente assistidas têm colocado em sede de estabelecimento de filiação, atenta a existência de novas relações familiares formadas pelo próprio legislador.

Seguidamente, o cerne do nosso estudo consiste na investigação do destino que é dado à criança que é submetida ao acordo de gestação de substituição e compreensão do modo como o legislador, ao admitir este acordo, está a acautelar o primado do interesse da criança, bem como se existe alguma contradição nessa aceitação.

Apreciarei criticamente o elemento altruísta deste instituto e que culminou na sua aceitação, ainda que a título excecional, bem como a possibilidade de existência de um mercado rentável, em que mulheres aceitam clandestinamente, quantias e benefícios, para prestar um serviço àqueles com problemas de infertilidade.

Nesta esteira, concluirei o nosso estudo, avaliando a insegurança jurídica lançada pelo próprio legislador ao admitir o instituto da gestação de substituição, face à instabilidade que se verificou no seu funcionamento e demonstraremos que tal contrato está ferido de invalidade jurídica, por violação de disposições basilares do nosso ordenamento jurídico.

3.1 A SUPREMACIA DA VERDADE BIOLÓGICA

Com a ajuda da ciência e da biotecnologia, tem sido possível gerar novos seres humanos, com a utilização de material genético de terceiros dadores, para ultrapassar problemas associados à infertilidade, fruto das técnicas de procriação de assistida, por aplicação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Com efeito, a implementação dessas técnicas tem suscitado dúvidas quanto a lei aplicável às crianças nascidas dessa modalidade, em matéria de constituição de vínculo de filiação.

Guilherme de Oliveira afirma que “o parto, além do valor social ou emocional que tem, constitui o 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 genética¹⁵⁸”.

Contudo, sabemos que esta presunção é relativa, tendo em consideração o reconhecimento das técnicas de FIV que nos demonstra ser possível fazer a dissociação da mãe genética com a geradora.

Mas quem é juridicamente mãe da criança nascida com recurso à gestação de substituição?

O n.º 1 do art.º 1769.º do CC consagra que relativamente à mãe, o estabelecimento da filiação resulta do nascimento, mediante declaração, devendo ser observados os dispostos nos art.ºs 1803.º a 1825.º do mesmo diploma.

Por sua vez, o estabelecimento da paternidade pode ocorrer por presunção legal, quando a parturiente seja casada (art.º 1826.º e ss. do CC) ou quando esta não seja casada, tal reconhecimento ocorre por perfilhação (art.º 1849.º e ss. do CC) ou por decisão judicial no âmbito de ação própria de investigação de paternidade (art.º 1864.º e ss. do CC).

Conforme vimos no âmbito do presente estudo, a gestação de substituição prevê a renúncia aos poderes e deveres próprios da maternidade e consagra no n.º 7 do art.º 8.º da LGS que “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”, pelo que no âmbito do próprio contrato, a gestante desiste da maternidade e os beneficiários assumem a paternidade da criança

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 74.

que nascer da gestante de substituição. É com base nessa manifestação de vontade das partes que é criado um regime especial de estabelecimento da filiação, afastando o princípio *master semper certa est*, previsto no n.º 1, do art.º 1796.º do CC.

Esta norma vai ao encontro da posição de Stela Barbas, que defende que “a mãe será sempre a que forneceu o elemento biológico fundamental para a determinação do património genético da criança¹⁵⁹”

José de Oliveira Ascensão¹⁶⁰, ao contrário de Guilherme de Oliveira, entende que *mãe há só três*: a biológica (de quem provém o gâmeta), a que dá à luz (a gestante de substituição) e a social (a que assume o projeto parental), pelo que o autor entende que a mãe será aquela que contribuiu com o seu material genético, desde que seja acompanhado de um projeto parental. Assim, se a beneficiária contribuiu com o seu material genético, ela deve ser considerada a mãe; se o ovócito é de uma terceira mulher, há que distinguir se existe um projeto parental, sendo este o critério que determinará se ela é juridicamente mãe ou se uma mera dadora.

Vera Lúcia Raposo¹⁶¹ entende que, proibindo que a gestante contribua com o seu material genético, caso a mulher beneficiária seja a mãe biológica, a gestante de substituição não poderá ter qualquer direito sobre a criança. A autora entende que “a tarefa de gerar uma criança com a qual não existe vínculo biológico, embora não seja uma prestação de serviços no estrito sentido do termo, aproxima-se mais dela do que a doação de um óvulo, sua fecundação e posterior gestação”.

Diogo Leite de Campos¹⁶² realça que a filiação é uma relação assente na biologia e afirma “que está causa um elemento fundamental do estatuto jurídico da pessoa humana, da sua dignidade natural: ser filha dos seus pais biológicos – e não de quem o legislador entenda”.

Francisco Manuel Fonseca de Aguiar entende que fazer depender da vontade dos progenitores, o estabelecimento da filiação é violar a dignidade da pessoa humana e entende que “o filho nascido de uma técnica de PMA seria convertido num verdadeiro instrumento de livre arbítrio dos respectivos pais, motivo pelo qual não pode ser o

¹⁵⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**, p. 159.

¹⁶⁰ ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética, p. 24-25.

¹⁶¹ RAPOSO, Vera Lúcia – **De Mãe para Mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**, p. 132.

¹⁶² CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito** in Estudos de Direito da Bioética, p. 84.

próprio Direito a criar situações de ausência *ab initio* de paternidade e/ou maternidade jurídicas, não obstante existir a respectiva paternidade e/ou maternidade biológicas¹⁶³”.

Em todo caso, o legislador admitiu a faculdade dos contraentes estipularem que a filiação a ser estabelecida para a criança nascida com recurso à gestação de substituição, será atribuída aos beneficiários que contribuíram, pelo menos um deles, com o seu material genético, excluindo qualquer ligação da gestante de substituição com a criança, de modo a afastar o aprofundamento dessa conexão.

A gestante de substituição ao participar do projeto parental consente voluntariamente que não pretende ser mãe daquela criança, reconhecendo que o mesmo é filho do casal que tem em curso um projeto parental, acrescido da ligação genética exigida como critério para a sua admissibilidade.

A questão que se coloca é a de saber como deve ser estabelecido os vínculos de filiação da criança no âmbito da gestação de substituição, tendo em consideração o direito de arrependimento¹⁶⁴ e o princípio da verdade biológica. Além disso, destacamos que a renúncia antecipada aos direitos e poderes próprios da maternidade é nula, em observação do disposto no art.º 1982.º n.º 3 do CC, cuja temática será melhor desenvolvida em sede de nulidade do contratual.

O momento fulcral de todo o acordo de gestação é a do *cumprimento* do contrato, em que a gestante deve entregar a criança ao casal beneficiário, havendo um corte na ligação que estabeleceu durante todo o período gestacional e que pode alterar o consentimento anteriormente prestado, para assumir um projeto parental próprio sobre a mesma criança.

Com efeito, em virtude do direito ao arrependimento da gestante e a ligação que se estabelece entre esta e a criança durante toda a gestação, a verdade é que os mecanismos de atribuição dos vínculos de filiação ficam escassos, face à incerteza da posição da gestante de substituição perante o contrato e na faculdade desta poder assumir um projeto parental próprio.

¹⁶³ AGUIAR, Francisco Manuel Fonseca de – **O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida** in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 665.

¹⁶⁴ Nos termos estudados no nosso Capítulo II, tópico “Direito ao Arrependimento” e ao entendimento do TC nessa matéria.

Jorge Duarte Pinheiro afirma que “atribuir à mãe portadora a qualidade de mãe pode representar um factor de criação de uma situação de risco para a criança, dada a escassa motivação da mãe forçada para prestação dos cuidados parentais¹⁶⁵”, sendo certo que o legislador português acompanhou tal raciocínio e optou por atribuir a maternidade ao casal beneficiário, tendo em consideração que a gestante de substituição não tem qualquer ligação genética com a criança.

Aliás, de outro modo não faria qualquer sentido, na medida em que os beneficiários e pais biológicos da criança, teriam que adotar o seu próprio filho¹⁶⁶.

Contudo, nas situações em que a gestante de substituição exerça o seu direito ao arrependimento, como ficará a situação jurídica do menor?

Há que distinguir se o gâmeta implantado na gestante teve origem de ovócito da mulher beneficiária e esperma do seu marido ou se tem como origem o ovócito de uma dadora e o esperma do marido da mulher beneficiária.

No primeiro caso, entendemos que a maternidade/paternidade deve ser atribuída aos beneficiários, tendo em consideração a verificação do critério biológico e a existência de um projeto parental estabelecido, sendo certo que, a gestante ao exercer o seu direito ao arrependimento, deverá submeter-se à decisão do tribunal que avaliará concretamente a situação familiar de cada um dos concorrentes e definirá o destino do menor, à luz do superior interesse da criança;

Na segunda situação e acompanhando Stela Barbas e José Oliveira Ascensão¹⁶⁷, não faz sentido, atribuir qualquer responsabilidade à mulher dadora, visto que esta não desenvolveu qualquer projeto parental sobre a criança, pelo que a maternidade deve ser atribuída à parturiente e a paternidade ao homem beneficiário.

Deste modo, entendemos que em caso de renúncia por parte da gestante de substituição aos poderes da maternidade, poderá a mulher beneficiária recorrer ao instituto da adoção de filhos do cônjuge (art.º 1979.º n.º 2 do CC), sendo certo que na eventualidade da gestante não renunciar a maternidade, a criança deverá ser considerada

¹⁶⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora** – a problemática da maternidade de substituição, p. 338.

¹⁶⁶ Cfr. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **O Direito da Família Português: algumas características**, p. 75.

¹⁶⁷ ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética, p. 24-25 e BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **O Direito da Família Português: algumas características**, p. 75.

filha de pais separados (i.e., da gestante de substituição e varão beneficiário), competindo aos tribunais a regulamentação do exercício do poder paternal à luz do superior interesse da criança.

Não podemos também deixar de destacar as situações em que o casal beneficiário é composto por duas mulheres, quando ambas estão impossibilitadas de levar a bom termo a gestação de substituição e se enquadram nos requisitos necessários para aceder ao instituto da gestação de substituição. Neste caso, uma delas deverá obrigatoriamente contribuir com o seu material genético (art.º 8.º n.º 3 da LGS), sendo o esperma proveniente de um dador, pelo que entendemos que a atribuição da maternidade deve ser concedida à mulher do casal beneficiário que contribuiu com o seu material genético e que estabeleceu um projeto parental sobre a mesma.

O art.º 21.º da LPMA exclui a paternidade do dador de sémen, estabelecendo no seu art.º 20.º que a criança nascida com recurso à inseminação artificial é “havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo”.

Deste modo, haverá sempre a existência de vínculo biológico em relação a um dos elementos do casal e haverá também a atribuição da parentalidade quanto ao outro elemento do casal que consentiu no recurso ao dador de esperma, pelo que a criança deve ser considerada filha do casal de mulheres beneficiárias.

Com efeito e nas situações em que a gestante de substituição exercer o direito ao arrendimento, competirá aos tribunais avaliar concretamente a situação familiar de cada um dos concorrentes e definir o destino do menor, à luz do superior interesse da criança.

Em todo o caso, temos presente que sempre que haja situações de conflito entre o casal beneficiário e a gestante, competirá aos tribunais encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses dos pais concorrentes e o da criança nascida, para definir o melhor contexto familiar possível para o seu crescimento, assumindo o superior interesse da criança a bússola orientadora para a formação da convicção do julgador.

3.2 O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

É legítimo o desejo de muitos casais de terem filhos biológicos, de constituir família e criar vínculos de amor com a sua descendência. É também legítimo o desejo criado em torno de um projeto parental, assumido por um casal infértil que carece das técnicas de procriação medicamente assistida, para terem filhos.

Mas quais são os limites desse desejo?

A título de curiosidade, destacámos o polémico caso da bebé Melissa, mais conhecida como “Baby M”¹⁶⁸. O caso que agora evidenciamos trata-se de um exemplo mediático que ocorreu nos Estados Unidos que teve como personagem o casal Stern que, enfrentando problemas associados à esclerose múltipla que Elisabeth Stern sofria, viram-se obrigados a recorrerem ao New York City Infertility Center para obter uma solução adequada para o seu problema. Surge então, Mary Beth Whitehead uma possibilidade viável e compatível, que se ofereceu para ser a gestante de substituição do casal Stern.

O contrato é celebrado, sendo que Mary Beth Whitehead renunciou todos os direitos de mãe sobre a criança e o casal Stern comprometeu-se a suportar todas as despesas inerentes ao período de gestação, incluindo, proceder ao pagamento (num outro contrato) de uma gratificação à Mary Beth Whitehead pelo procedimento.

Depois do parto, Mary Beth Whitehead e seu companheiro Richard Whitehead recusaram-se a cumprir o contrato e proceder à entrega do bebé.

O casal Stern viu-se forçado a recorrer ao Tribunal de New Jersey para obter a execução específica do contrato. O juiz Harvey Sorkow fundamentou a sua decisão com base no carácter vinculativo do contrato celebrado, reconhecendo que não estava em causa a venda de crianças, visto que William Stern é o pai biológico da mesma, não podendo comprar aquilo que é seu, pelo que as partes deveriam proceder ao cumprimento integral do contrato.

¹⁶⁸ Acompanhando, OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, pp. 87-95; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**, pp.147-147.

Além disso, o juiz teve em atenção aos critérios do superior interesse da criança, entendendo que o casal Stern proporcionaria melhores condições para a criança, ao contrário do que do casal Whitehead que vivenciavam diversos problemas de cariz económico, bem como os problemas associados ao alcoolismo de Richard Whitehead.

Inconformado, o casal Whitehead recorreu da decisão, tendo o Supremo Tribunal de New Jersey interpretado que o que estava em causa era a regulamentação do exercício do poder paternal, referente a pais separados. Para o efeito, foi considerado que os pais da criança eram William Stern e a mãe Mary Beth Whitehead, pelo que o tribunal entendeu que à luz do superior interesse da criança, esta deveria ficar à cargo do pai, por considerar que o mesmo era aquele que tinha as melhores condições para cuidar dela.

Ora, o princípio do superior interesse da criança deve ser a bússola orientadora de todo o ramo do direito da família, incluindo a aplicação das técnicas de PMA e, bem assim, a gestação de substituição, pelo que acompanhando Jorge Duarte Pinheiro “o direito de procriar está limitado pelo interesse da futura criança¹⁶⁹”.

Com efeito, o chamado *the best interest of the child* não se limita apenas à existência de um casal infértil que deseja muito ter filhos biológicos, apesar de ser um elemento importante. A verdade é que é necessário também olhar para o futuro e procurar entender o ambiente familiar em que a criança será inserida e todos os contornos possíveis.

O art.º 69.º n.º 1 da CRP., consagra que “as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”.

Destacamos a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por Portugal em 1990, que no seu preâmbulo reconhece que a “a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão” e prevê no seu art.º 3.º n.º 2 que é dever do Estado “garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar¹⁷⁰”.

¹⁶⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, p. 240.

¹⁷⁰ Convenção sobre Direitos da Criança. [Em Linha]. [Consult. 25 de Ago. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/222390>

A defesa do princípio da prevalência do interesse superior da criança também é reconhecido pela Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças que prevê no seu art.º 2.º que “tendo em vista o superior interesse das crianças, visa promover os seus direitos, conceder-lhes direitos processuais e facilitar o exercício desses mesmos direitos, garantindo que elas podem ser informadas, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, e que estão autorizadas a participar em processos perante autoridades judiciais que lhes digam respeito¹⁷¹” e ainda consagra, no seu art.º 3.º “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança”, pelo que é este o princípio orientador que deve ser primordialmente acautelado, enquanto elemento fundamental do ramo do direito da família.

O Supremo Tribunal de Justiça, também reconhece que o “critério orientador, na regulação do poder paternal é o superior interesse do menor, conceito aberto que carece de concretização, por parte do Juiz, devendo tomar-se em linha de conta a disponibilidade afetiva demonstrada pelos progenitores, ou terceira pessoa, a capacidade, ou não, dos progenitores em promoverem o harmonioso desenvolvimento do menor e de se adaptar às suas necessidades¹⁷²”.

Paulo Otero entende que a gestação de substituição consiste num “capricho individual de gerar uma prole, de perpetuação de um vínculo de sangue, num gesto egoísta que, sem atender à dignidade da criança que se visa privar logo da mãe que a gerou, satisfaz um desejo à custa da gestação de uma vida¹⁷³”.

José de Oliveira Ascensão afirma que o ato de reprodução deve assentar no amor sendo certo que “os progenitores têm a responsabilidade pelo ser que trouxeram à vida. São colocados numa relação de serviço: os interesses do novo ser têm primazia em relação aos deles¹⁷⁴”.

¹⁷¹ Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças. [Em Linha]. [Consult. 25 de Ago. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/file/a/571090>

¹⁷² Cfr. Acórdão do STJ com o n.º 1110/05.3TBSCD.C2.S1, de 04 de Fevereiro de 2010. [Em Linha]. [Consult. 27 de Jun. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9f1626c83e72853e802576c1004d0e90>

¹⁷³ OTERO, Paulo – **A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição**, p. 89.

¹⁷⁴ ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética, p. 11.

Deste modo, importa aferir se a dignidade criança e o princípio do superior interesse da criança é colocado em causa no âmbito do instituto da gestação de substituição.

Paulo Otero compreende que “não se mostra legítimo criar uma vida humana com a intenção de a abandonar¹⁷⁵”.

Efetivamente, no âmbito do acordo de gestação de substituição, a mulher se compromete a prestar o serviço de “reprodução de um ser humano” com o intuito de entregá-lo a um casal infértil, havendo um romper da ligação intrauterina que se estabelece entre esta e a criança. A gestante conscientemente engravida comprometendo-se a entregá-la a um terceiro, pelo que considerámos ser nula a renúncia antecipada da maternidade, por violação do n.º 3, do art.º 1982.º do CC e contrária ao princípio do superior interesse da criança.

Por outro lado, e admitindo o direito ao arrependimento da mulher gestante¹⁷⁶, entendemos que o contrato de gestação de substituição não acautela devidamente o superior interesse da criança, na medida em que o estatuto familiar do nascituro¹⁷⁷ é lançada num jogo de interesses de terceiros, por ficar a aguardar pela tomada de decisão dos contraentes durante todo o período de gestação e pós-parto.

Ainda mais longe, não podemos deixar de evidenciar a incerteza que se verifica quanto ao destino da criança e, bem assim, o ambiente familiar em que esta será inserida. Com efeito, é necessário olhar para todos os cenários possíveis e aferir se haverá condições para o desenvolvimento integral da personalidade da criança, bem como as consequências que o instituto da gestação de substituição acarreta para a vida desta.

Para melhor compreensão, apresentamos alguns cenários possíveis para o destino da criança no âmbito deste instituto:

¹⁷⁵ OTERO, Paulo – **A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição**, p. 88.

¹⁷⁶ *Cfr.*, estudado no Capítulo II, tópico “Direito ao Arrependimento” e “Consentimento Informado e Esclarecido”.

¹⁷⁷ Acompanhando Diogo Leite de Campos e Stela Barbas, “O ser humano concebido não é menos pessoa que o já nascido”. *Vide* CAMPOS, Diogo Leite de; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **O início da pessoa humana e da pessoa jurídica**, p. 1268.

1. A gestante de substituição engravida conscientemente, para futuramente abandonar a criança em prol do projeto parental dos beneficiários, rompendo com a ligação intrauterina que se estabelece nesse período;
2. A gestante de substituição engravida conscientemente, mas decide assumir um projeto parental próprio, entrando em conflito com os interesses dos beneficiários, pelo que a disputa pela criança, no âmbito das relações familiares poderá criar um ambiente familiar negativo. Além disso, será necessário obter resposta para a seguinte questão: *Entre o elemento biológico e o afetivo, qual deles acautela o superior interesse da criança?*
3. A gestante de substituição engravida conscientemente e renuncia todos os poderes e deveres próprios da maternidade a favor dos beneficiários que, entretanto, também desistiram do projeto parental, o que implicará na colocação daquela criança para adoção, visto que ninguém mais a quer.

Diogo Leite de Campos, pronunciando-se sobre a inseminação heteróloga, afirma que existe uma contrariedade com os interesses da criança e da sua dignidade, por considerar que “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 objecto da vontade de outrem¹⁷⁸”.

Em sentido contrário, destacamos a posição de Marta Costa e Catarina Saraiva Lima que entendem que o superior interesse da criança não é violado com a admissibilidade da gestação de substituição e consideram excessiva e desadequada, visto que “a importante tarefa de protecção da criança que cabe ao Estado não pode ser prosseguida de modo tão preventivo que anteceda o seu próprio nascimento, impedindo-o, mas deve ser orientada pela consideração do seu superior interesse, consideradas as circunstâncias concretas da sua vida¹⁷⁹”.

Ora, entendemos que submeter uma criança a estes cenários e ser “lançada à sorte” entre a gestante de substituição e o casal de beneficiários é sujeitá-la à vontade dos contraentes, numa clara instrumentalização para fins alheios, pelo que é competência do Estado assegurar todas as medidas de protecção da infância, bem como,

¹⁷⁸ CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito** in Estudos de Direito da Bioética, p. 84.

¹⁷⁹ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva – **A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade**, p. 286.

aferir que o ambiente familiar inerente, se afigura estável e capaz de promover uma base sólida ao desenvolvimento e crescimento daquela criança.

O superior interesse da criança não deve assentar apenas em crianças já nascidas, mas estando o Estado a promover o alargamento das técnicas de procriação medicamente assistida e gestação de substituição, deve olhar para o nascituro e reconhecer que à partir do momento em que foi concebido, já lhe são reconhecidos um conjunto de direitos e deveres, enquanto ser humano digno, em fase de desenvolvimento. Acompanhando Diogo Leite de Campos e Stela Barbas, “reconhecer a vida biológica e jurídica do nascituro é obedecer aos imperativos básicos das sociedades contemporâneas: liberdade (de todos e, logo, do outro) e igualdade (de e com todos os outros seres humanos)¹⁸⁰”.

3.3 A COMERCIALIZAÇÃO DO ALTRUÍSMO

A gestação de substituição é um tema polémico, que divide opiniões em diversos ordenamentos jurídicos, dada a sensibilidade do tema e as diversas complicações que levanta, cujas respostas estão longe de encontrar algum consenso.

O legislador pretendeu admitir no ordenamento jurídico português a versão gratuita do acordo de gestação de substituição, prevendo no n.º 2 do art.º 8.º da LGS a natureza gratuita do contrato, bem como seu n.º 5 a proibição de “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 correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio”.

A essência do contrato de gestação de substituição assenta, dessa forma, no altruísmo da mulher, definido como “inclinação para procurarmos obter o bem para o

¹⁸⁰ Vide CAMPOS, Diogo Leite de; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **O início da pessoa humana e da pessoa jurídica**, p. 1262.

próximo¹⁸¹,” que se disponibiliza a participar do projeto parental assumido pelo casal beneficiário.

Contudo, questionamo-nos: *O altruísmo pode ser lucrativo?*

O n.º 7 do art.º 8.º da LGS bem tentou evitar o lucro no altruísmo da gestante, ao estipular a proibição de “celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas”. Mas quem irá investigar se existe essa relação económica? O CNPMA enquanto entidade reguladora designada, assumirá também funções de “babysitters” ou serão os órgãos de polícia? Haverá autorização judicial para o levantamento do sigilo fiscal e bancário?

A nosso ver, independentemente do art.º 39.º da LGS prever a sanção penal para os negócios de gestação de substituição onerosas, torna-se difícil comprovar o carácter altruísta da gestante de substituição, visto que existem diversas formas em que a referida gestante poderá receber, indiretamente, qualquer proveito por parte do casal contratante, sem que seja possível fazer a devida associação.

Um exemplo disso será o casal contratante assegurar à gestante de substituição, um emprego do qual exercerá um cargo de grande importância, junto da empresa de algum amigo, com regalias que poderão proporcionar um estilo de vida, completamente diferente do atual. Ainda mais longe, tratando-se do altruísmo que ocorre geralmente no seio da família, poderá um elemento da família renunciar a sua parte em alguma herança, contribuindo para um aumento patrimonial da gestante de substituição.

Haverá uma constante monitoração do comportamento financeiro dos contraentes? É claro que não. É notório que não existe uma forma de controlar – por toda a vida – a relação futura entre os contraentes, principalmente quando esta relação ocorre maioritariamente dentro do seio familiar.

Deste modo, o legislador português, na sua tentativa de descriminalizar a gestação de substituição por via da gratuidade do contrato, também não assegurou os mecanismos necessários para evitar um verdadeiro “mercado de bebés”, pelo que ficamos sujeitos a um comércio clandestino, onde mulheres carenciadas recorreriam a

¹⁸¹ Conforme definição dada pelo Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. [Em Linha] [Consult. 11 de Ago. 2018]. Disponível em <https://www.priberam.pt/dlpo/altru%3%adsmo>

este serviço para suprir suas necessidades básicas, o que resultará na manipulação do seu consentimento livre.

A lei é clara: só são admissíveis pagamentos que dizem respeito às despesas de saúde e de transporte, sendo certo que deverão constar de documento próprio, que comprove a existência de tal despesa com a gestação.

Diga-se também, que o próprio contrato-tipo aprovado pelo CNPMA tentou controlar os tipos de pagamentos que são efetuados à gestante e que resulta da cláusula 7.^a sob a epígrafe “pagamentos admissíveis”. Contudo, soa-nos um sinal de alerta quando confrontamos o ponto n.º 4 da referida cláusula que estipula:

“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 nos artigos 8.º número 5 e 39.º da 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 Agosto¹⁸²,”

Ora, parece-nos que a lei foi clara quando designou no n.º 5 do art.º 8.º que “é proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança”, bem como a exigência de documento titulado que justifique essa despesa.

Como pode um contrato que proíbe expressamente a sua onerosidade, admitir a existência de pagamentos avulsos e estipular que os mesmos serão considerados como uma doação?

Ainda que tal cláusula remeta essas despesas indeterminadas para os artigos que advertem a proibição de pagamentos avulsos e para a sanção penal, resulta claro que a intenção do CNPMA foi de tentar acautelar que qualquer transação adicional entre os contraentes não está prevista no próprio contrato, esquivando-se, dessa forma, de qualquer responsabilidade pela conduta das partes.

O exposto no ponto n.º 4 da cláusula 7.^a do contrato-tipo abre portas para o pagamento de quantias injustificadas entre o casal de beneficiário e a gestante, pelo que é notória a precariedade do instituto da gestação de substituição que abre portas para a comercialização do altruísmo.

¹⁸² Cfr. análise ao contrato-tipo aprovado pelo CNPMA [Em Linha]. [Consult. Em 05 de Nov. 2018]. Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf

O CNECV afirma que “a motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, porque se pensa que isso será bom para o próprio e, sendo o caso, para o projeto parental que se comunga com alguém, acompanhado da convicção — a não ser que se estivesse no domínio de patologia que pode ocorrer em qualquer situação — de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser”¹⁸³.

Contudo, Diogo Leite Campos defende que existe um limite. O autor afirma não ser admissível que a necessidades desses casais “seja satisfeita através de outra pessoa transformada em objecto das necessidades de outrem”, pelo que uma pessoa não pode ser instrumentalizada para esse fim. Além disso, o autor entende ser inadmissível “que se atribua à vontade do casal a onnipotência de ultrapassar todos os limites, sobretudo quando este limite é um ser humano¹⁸⁴”. Concordamos com o autor, na medida em que o desejo dos beneficiários não pode ser visto como um direito subjetivo supremo, onde devemos aceitar que a instrumentalização do corpo de um terceiro, em prol do seu anseio.

Dito isto, resulta claro que a implementação de um modelo de gestação de substituição gratuito não acautela a existência de um comércio clandestino, estimulando a exploração de mulheres desfavorecidas em prol da satisfação do desejo de casais com problemas de infertilidade, dispostos a efetuar o pagamento da quantia necessária, para que possam ter um filho biológico, ainda que para tanto, o mesmo seja tido como um produto.

¹⁸³ Parecer 63/CNECV/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, p. 7.

¹⁸⁴ CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito** in Estudos de Direito da Bioética, p. 85.

3.4 A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA

Como vimos, os princípios basilares do Direito, especialmente, aqueles que são associados à pessoa e ao instituto da família estão a ser claramente violados e banalizados pela gestação de substituição, do qual o legislador sempre criminalizou, mas que decidiu repentinamente valorizar excessivamente o desejo dos beneficiários, ao ponto de os sobrepor à vida da criança sujeita a negócios jurídicos e à da gestante de substituição, cuja dignidade é notoriamente reduzida.

É, no mínimo, curioso a forma como a LGS necessitou de vários esclarecimentos avulsos por parte do CNPMA, para fazer face às diversas dúvidas que se levantaram quanto ao regime da gestação de substituição, após a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico português. A inexistência de uma lei manifestamente suficiente e transparente gerou grande controvérsia, visto que estamos diante de um tema extremamente sensível e que necessita de rigor legislativo para evitar danos incontornáveis para a vida das partes.

Em vários preceitos, a LGS simplesmente remeteu para o CNPMA várias disposições imprescindíveis para a compreensão do instituto da gestação de substituição, a saber:

- i) A autorização prévia do CNPMA para a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição e ainda a competência de supervisionamento de todo o processo (crf. art.º 8.º n.º 4 da LGS);
- ii) O contrato é reduzido a escrito e supervisionado pelo CNPMA, donde devem constar, obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (cfr. art.º 8.º n.º 10 da LGS), bem como não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade (cfr. art.º 8.º n.º 11 da LGS);
- iii) Além disso, é da competência do CNPMA aprovar o contrato-tipo (cfr. art.º 3.º n.º 1 do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho),

devendo ser respeitadas um conjunto de elementos referenciados nas alíneas do n.º 3 do art.º 3.º do mesmo diploma.

Daqui, resulta claro que a LGS apenas veio trazer alguns tópicos básicos/pontos essenciais, que o contrato de gestação deve observar, sem especificar ou esmiuçar qualquer critério, fundamental para a transparência da lei¹⁸⁵.

Aliás, sabemos que tal indeterminação não pode suceder, visto que estamos a falar de direitos, liberdades e garantias e que são matéria de reserva de lei parlamentar¹⁸⁶, pelo que a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, deveria conter todas a informações inerentes à gestação de substituição e ao contrato – o mais completo possível – e não, simplesmente, remeter para o CNPMA, a competência de decidir e regular, matérias que o legislador não previu (ou quis prever).

Com efeito, Vera Lúcia Raposo faz evidência a esse modelo escasso e dúbio de gestação de substituição. A autora destaca que “prever uma figura jurídica e impor-lhe um par de proibições não é regulamentá-las e estes contratos, pela sua especial sensibilidade e pelos direitos e interesses envolvidos, mereciam (e necessitariam) tal regulamentação¹⁸⁷”.

Nesse sentido, o TC declarou que tal ausência de critérios prejudica a uniformidade dos contratos de gestação de substituição, sendo que estes devem ter critérios claramente evidenciados, de modo a garantir a igualdade entre todos. Além disso, entendeu que tal opção do legislador “não oferecem uma *medida jurídica com densidade suficiente* para estabelecer parâmetros de atuação previsíveis relativamente aos particulares interessados em celebrar contratos de gestação de substituição nem, tão pouco, critérios materiais suficientemente precisos e controláveis para o CNPMA exercer as suas competências de supervisão e de autorização prévia¹⁸⁸”.

¹⁸⁵ Aliás, Vera Lúcia Raposo critica essa posição adotada, ao afirmar que “é como se o legislador se tivesse desonerado por completo do conteúdo deste contrato, esquecendo que a especial sensibilidade que o rodeia não se coaduna com a aplicação cega do direito contratual, e que a liberdade contratual tão-pouco permite garantir uma eficaz proteção das partes em matéria que se presta especialmente a abusos”. Vide RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 30.

¹⁸⁶ Conforme dispõe os artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1 alínea b), da Constituição.

¹⁸⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) *In Revista do Ministério Público*, p. 10.

¹⁸⁸ Cfr. Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série I - n.º 87 de 07 de Maio de 2018. [Em Linha]. [Consult. 30 de Jun. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>

Deste modo, no referido Acórdão, o TC entendeu que a indeterminação contida na lei não oferece qualquer segurança jurídica, sendo certo que os “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 (cfr. o artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição)¹⁸⁹” e concluiu inevitavelmente, pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das *supra* referidas normas da LGS.

A nosso ver, não se compreende como o legislador não previu esse desfecho, na medida em que a gestação de substituição é um tema extremamente sensível, que envolve a vida de três partes frágeis, além de interferir diretamente com direitos, liberdades e garantias da gestante de substituição, pelo que a lei não pode dar espaço para a existência de omissões ou lacunas, que possam interferir com a eficácia da vontade/consentimento das mesmas.

¹⁸⁹ *Idem.*

3.5 A NULIDADE DO CONTRATO

Como vimos anteriormente, o contrato de gestação de substituição é enquadrado no âmbito dos negócios jurídicos bilaterais, sinalagmáticos, visto que gera direitos e obrigações para ambas as partes, dentre os quais, a entrega da criança após o parto e a renúncia dos poderes e deveres próprios da maternidade.

O cerne do presente tópico consiste em obter a resposta para a seguinte questão: Perante o ordenamento jurídico português, os contratos de gestação de substituição são válidos?

A resposta para esta pergunta está intimamente ligada ao papel desenvolvido pela grávida, no que diz respeito à instrumentalização do corpo da mulher e o comércio de bebés. Contudo, além dos argumentos estudados no âmbito do nosso Capítulo I, existem alguns autores nacionais que entendem que a prática da gestação de substituição é nula, quando confrontada com alguns princípios, estruturantes da lei civil, das quais destacamos dois argumentos: a contrariedade com a ordem pública e a invalidade da renúncia antecipada dos poderes e deveres próprios da maternidade.

A ordem pública consiste num conceito indefinido, pelo que Pires de Lima e Antunes Varela entendem que a sua interpretação “é matéria que terá de ser apreciada em cada caso pelos julgadores¹⁹⁰”.

Para os autores Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença, “a ordem pública corresponde ao conjunto dos princípios fundamentais e estruturais da ordem jurídica, mormente com assento constitucional¹⁹¹”, sendo que para Mota Pinto, consiste no “conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa-fé, num dado ambiente e num certo momento¹⁹²”.

As autoras Marta Costa e Catarina Saraiva Lima entendem, que não existe uma violação da ordem pública ou interesses constitucionalmente protegidos e, numa comparação com a instrumentalização do corpo da mulher no âmbito da prostituição, afirmam não compreender que “o Estado possa intervir no direito a dispor do próprio

¹⁹⁰ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes – **Código Civil Anotado**, p. 251.

¹⁹¹ FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão – **Comentário ao Código Civil: parte geral**, p. 694.

¹⁹² PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 559.

corpo da mãe de gestação, permitindo-lhe nomeadamente, que disponha do seu sexo, mas proibindo-a de dispor do seu útero¹⁹³”.

Em sentido contrário, Stela Barbas discorda dessa comparação que é efetuada por alguns autores e considera que, se assim fosse, isso significaria que “a inseminação artificial de uma mulher num consultório médico, numa clínica ou num hospital seria equivalente a uma relação sexual¹⁹⁴”, pelo que tal argumento não merece provimento.

Capelo de Sousa afirma que “os princípios da ordem pública, a própria lei e os bons costumes são entre nós muito sensíveis à defesa do corpo humano, mesmo que à custa da postergação da vontade em contrário do respectivo titular¹⁹⁵”, pelo que o “poder de autodeterminação sobre o corpo próprio não é juridicamente ilimitado, perdendo a sua licitude quando atentar contra o bem superior da vida ou contra o próprio corpo e tornando-se mesmo ilícito quando contrariar uma proibição legal, os bons costumes ou os princípios da ordem pública¹⁹⁶”.

A invalidade dos contratos de gestação de substituição é defendida por Guilherme de Oliveira que entende que uma mulher que gera para, após o parto, entregar a criança para outrem é contrário aos princípios básicos da regulamentação dos estados de família e viola o princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores¹⁹⁷. Entende pois, que o contrato de gestação de substituição é nulo, nos termos do art.º 280.º n.º 1 do CC, por ser contrário aos princípios de ordem pública em matéria de direito da família.

Stela Barbas afirma que o contrato de gestação de substituição está ferido de nulidade absoluta, visto que o seu fim é contrário à lei, à própria dignidade humana e ofensivo dos bons costumes¹⁹⁸. Além disso, a autora entende que “esses contratos incidem sobre realidades insusceptíveis de serem comercializadas tais como a maternidade e a filiação¹⁹⁹”.

¹⁹³ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva – **A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade**, p. 272.

¹⁹⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**, p.146-147.

¹⁹⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. – **O Direito Geral de Personalidade**, p. 222.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 226.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p. 63-64.

¹⁹⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**, p. 154.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 155.

Jorge Duarte Pinheiro entende que os contratos de gestação a título gratuito são tidos por nulos, por considerar que “há uma intensa instrumentalização do corpo de uma pessoa para que outra pessoa venha receber um filho” e afirma que “do princípio da dignidade da pessoa humana extrai-se a inadmissibilidade da maternidade de substituição²⁰⁰”.

Amélia Costa por sua vez destaca que a celebração do contrato de gestação de substituição “colide frontalmente com a ideia de que os direitos das pessoas são coisas fora do comércio e, nessa medida, não podem ser objecto de qualquer contrato²⁰¹”.

Todavia, grande parte da censura existente no cerne do acordo de gestação de substituição consiste, quando está previsto o pagamento de uma determinada quantia pelo serviço prestado, fazendo com que a criança envolvida seja equiparada à uma transação financeira, inconcebível à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, estando excluída do modelo português o pagamento de uma compensação remuneratória para o serviço prestado pela gestante de substituição, o contrato a título gratuito deve ser considerado válido?

Guilherme Freire Falcão de Oliveira entende que “é muito duvidoso que o direito de constituir família obrigue o legislador ordinário a aceitar como válidos os contratos de gestação para outrem, mesmo quando gratuitos²⁰²”.

Stela Barbas considera “que é nulo e de nenhum efeito, todo o contrato (gratuito ou oneroso) que tenha por objecto a procriação ou a gestação de um ser humano por métodos naturais ou por inseminação ou fecundação artificial, com obrigação por parte da mãe hospedeira de entregar o filho, logo que nasça e, ainda, com a obrigação de se abster de quaisquer contactos com a criança²⁰³”.

Para Jorge Duarte Pinheiro “o contrato de gestação a título gratuito não pode deixar de ser sempre nulo, por impor a uma das partes que ela suporte uma gestação integral, necessariamente perturbadora da condição da mulher²⁰⁴”.

²⁰⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, p. 242.

²⁰¹ COSTA, Amélia - **Perspectiva jurídica de um acto de amor: a procriação assistida**, p. 126.

²⁰² OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, p.

53.

²⁰³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**, p. 154.

²⁰⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora** – a problemática da maternidade de substituição, p. 336.

Capelo de Sousa considera que “serão ilícitos e nulos, por contrários à ordem pública (art.ºs 81.º, n.º 1 e 280.º, n.º 2, do Código Civil) e ofensas aos bons costumes (art. 280.º, n.º 2, do Código Civil), os contratos em que a «mãe de substituição», gratuita ou, na maioria dos casos remuneradamente, se obriga a ser inseminada ou fertilizada, desenvolver a gravidez com normalidade e até ao seu termo e a renunciar os seus direitos sobre a criança, comprometendo-se a abandoná-la ou dá-la em adoção²⁰⁵”.

José Oliveira Ascensão afirma que não acredita que “um processo tão importante como a gestação possa ser venalizado²⁰⁶” e considera nulo o contrato de gestação de substituição, em primeiro lugar pela sua contrariedade à cláusula geral dos bons costumes e pela sua grave afetação a bens indisponíveis²⁰⁷.

Estrela Chaby entende que “na maternidade de substituição, gratuita ou onerosa, é o corpo de outrem, todo e tal qual, na integralidade da sua vida e do seu tempo, que é utilizado a favor de terceiro²⁰⁸”, isto é, a instrumentalização ocorre visto que não é possível separar o corpo da pessoa em si.

Do nosso ponto de vista, considerarmos que o serviço de “gestação de um ser humano para fins alheios”, subjacente ao acordo de gestação de substituição contratado pelo casal infértil consiste numa violação ao princípio da indisponibilidade do estado das pessoas e da ordem pública, visto que os direitos inerentes à pessoa humana, como por exemplo, o direito a vida, liberdade pessoal, honra, integridade moral, não podem ser vendidos e tampouco doados.

Quer isto dizer que os direitos de personalidade são inalienáveis e irrenunciáveis, pelo que qualquer negócio jurídico que consagre essa renúncia, são manifestamente contrários à ordem pública, nos termos do disposto no art.º 280.º n.º 2 do CC²⁰⁹.

²⁰⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. – **O Direito Geral de Personalidade**, p. 226.

²⁰⁶ ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética, p. 24.

²⁰⁷ *Idem – Ibidem*.

²⁰⁸ CHABY, Estrela – **Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem** In Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, p. 353.

²⁰⁹ Salientamos Maria Raquel Guimarães que destaca que o contrato de gestação de substituição que era tido como inválido e o conceito de ordem pública adaptaram-se *subitamente, no verão passado*, naquilo que a autora refere ser “um movimento legislativo” que também originou a “descoisificação” dos animais. Vide GUIMARÃES, Maria Raquel – **“Subitamente, no Verão passado”: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento** in Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, p. 112.

Além disso, do ponto de vista de alguns autores, a exigência por parte da gestante para que renuncie antecipadamente ao estatuto jurídico de mãe viola manifestamente o disposto no art.º 81.º n.º 1 do CC, por se considerar uma limitação aos direitos de personalidade que prejudica e invalida o consentimento prestado.

O argumento assente na impossibilidade da renúncia antecipada dos poderes parentais é estruturada pela aplicação analógica do disposto no art.º 1982.º n.º 3 do CC, visto que o consentimento para a adoção não pode ser prestado antes de decorridas seis semanas após o parto²¹⁰.

Com efeito, Stela Barbas entende que “as normas relativas ao estado das pessoas são de ordem pública” e como tal “não pertence aos particulares torneá-las convencionalmente e, designadamente à mãe de aluguer renunciar antecipadamente à sua condição de mãe, comprometer-se a consentir na adoção ou permanecer no anonimato²¹¹”.

A autora também considera que “um consentimento livre, esclarecido e consciente só poderá ter lugar depois de decorrido esse período²¹²”, pelo que a gestante de substituição nunca poderia assumir perante um contrato renunciar os poderes e deveres próprios da maternidade, sem que esteja decorrido o prazo legal, pelo que, caso contrário, o contrato está ferido de nulidade, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos.

Amélia Costa destaca que, ao contrário do que ocorre com a gestação de substituição, o regime da adoção prevê o decurso de um prazo entre o parto e a decisão de colocar a criança para a adoção, pelo que “a renúncia ao estatuto jurídico de mãe antes de decorrido aquele prazo, não poderá considerar-se válida²¹³”.

O legislador pareceu simplesmente ignorar aquilo que os autores ao longo de vários anos já se pronunciaram e previu no n.º 1 e 7 do art.º 8.º da LGS a renúncia antecipada dos poderes e deveres próprios da maternidade, não concedendo à gestante qualquer direito de arrependimento, pelo que o contrato é nulo, em observação do disposto no art.º 1982.º n.º 3 do CC.

²¹⁰ Além disso, tal argumento encontra força nos termos do art.º 1882.º, do CC, que impede expressamente os pais de renunciarem às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adoção.

²¹¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**, p. 155.

²¹² *Idem*, p. 156.

²¹³ COSTA, Amélia - **Perspectiva jurídica de um acto de amor: a procriação assistida**, p. 134.

Em função disso, o TC teve que intervir se posicionando pela sua inconstitucionalidade, conforme vimos em sede de “direito ao arrependimento”²¹⁴, por reconhecer que “a gestação é um processo complexo, dinâmico e único, em que se cria uma relação entre a grávida e o feto que se vai desenvolvendo no seu seio. Daí poder questionar-se até que ponto é que um consentimento prestado *ainda antes da gravidez*, relativamente a todo o processo da gestação de substituição, desde a implantação do embrião até ao parto e, mesmo depois, até à entrega da criança aos beneficiários, é verdadeiramente informado quanto à totalidade desse mesmo processo”.

Desse modo, e atendendo ao princípio da concordância prática, não poderá o direito de constituir família sobrepor-se à vida da mulher gestante, de modo que esta seja instrumentalizada em função da incapacidade reprodutiva dos beneficiários e, bem assim, da vida da criança, que é concebida conscientemente e lançada à um jogo de interesses, podendo ser submetida a uma disputa judicial entre os pais genéticos e a gestante de substituição, da qual sempre terá uma ligação afetiva, pelo que consideramos que o instituto da gestação de substituição viola o princípio dos bons costumes e ordem pública, como também a indisponibilidade do estado das pessoas, nos termos do disposto no art.º 280.º n.º 2 do CC.

²¹⁴ Cfr., Capítulo II, tópico *supra* “Direito ao Arrependimento”.

CONCLUSÃO

O instituto da família e o padrão familiar clássico têm sofrido grandes influências de uma sociedade moderna, em resultado dos avanços da Ciência e da biotecnologia que têm aprimorado as técnicas de procriação medicamente assistidas e, bem assim, permitido o desenvolvimento do tema objeto do presente estudo: a gestação de substituição.

Como analisámos, a gestação de substituição, traduz-se em traços gerais, num contrato, em que uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a renunciar os poderes e deveres próprios da maternidade.

Tal instituto veio a ser acolhido em Portugal pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, com natureza gratuita e a título excecional, nomeadamente apenas nas situações 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.

Ao admitir a gestação de substituição, o legislador português abriu portas a um conjunto de questões de natureza ético-jurídico que há muito é alvo de grande discussão na comunidade jurídica. Em geral, verifica-se argumentos contrários a este instituto, cujas razões assentam sucintamente na instrumentalização da gestante de substituição e na coisificação da criança e, bem assim, argumentos favoráveis que assentam na exclusão de qualquer instrumentalização da gestante, tendo em consideração a natureza gratuita de tal contrato, baseado no altruísmo da mulher que se dispõe a participar de um projeto parental dos beneficiários e ainda, fundamentam a sua posição na necessidade de se promover uma solução para as mulheres com problemas associados ao órgão reprodutor, cujo alcance assenta no direito de constituir família (art.º 36.º, n.º 1 da CRP).

A contratualização do serviço de “reprodução de ser humano” é visto como contrário aos princípios da ordem pública e aos bons costumes, por consubstanciar numa instrumentalização do corpo da mulher, para a satisfação das necessidades de um casal infértil, caracterizando um negócio jurídico cuja finalidade é a entrega a outrem de um ser humano, pleno e com vida.

Neste cenário, existiu uma clara necessidade de olhar para o instituto da gestação de substituição, compreender o modelo escolhido pelo legislador português e avaliar se o seu regime tem dignidade jurídica que sustente a sua validade, tendo em observância as consequências que o mesmo acarreta para a vida dos seus intervenientes.

O objetivo da presente investigação foi o de contribuir para o enriquecimento do estudo geral do instituto da gestação de substituição, concretizando-o através da análise do modelo adotado pelo legislador português, confrontando-o com outros ordenamentos jurídicos e, bem assim, com a posição aclamada de alguns autores e da jurisprudência.

Com efeito, iniciamos o nosso estudo com a análise ao impacto que a infertilidade e as técnicas de procriação medicamente assistidas têm culminado na vida de muitos casais que sofrem com a impossibilidade de concretizar a procriação pelos meios naturais de reprodução.

Avançamos com o nosso estudo, pela compreensão da forma como a gestação de substituição é vulgarmente entendida por alguns autores e análise aos argumentos que são utilizados para justificar a aceitação ou rejeição deste instituto no ordenamento jurídico, tendo em consideração os temas polémicos que lhe são peculiares, dos quais salientamos a instrumentalização da criança e a coisificação da gestante, por se tratar de temas que mais repulsam a comunidade jurídica, que defendem a pessoa humana como um *ser* supremo e digno.

Após este panorama, vimos também a forma como o legislador português pretendeu implementar a gestação de substituição, apreciando não só a noção e terminologia, mas também os requisitos impostos para a admissibilidade da gestação de substituição.

O legislador restringiu completamente a intervenção da gestante, ao estritamente necessário. Para o efeito, proibiu manifestamente a sua contribuição com material genético, de modo a que a criança nascida seja considerada filha do casal beneficiário e, bem assim, definiu como beneficiários os casais, heterossexuais e formados por duas mulheres, casados ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, devendo pelo menos, um elemento do casal contribuir com o seu material genético.

Além disso, a LGS proíbe o pagamento de qualquer quantia pelo serviço prestado, bem como designa que, entre a gestante e os beneficiários, não pode existir qualquer

relação de dependência económica, de modo a garantir que a intervenção da gestante seja movida, exclusivamente pelo altruísmo. A nosso ver, é impossível garantir que o instituto da gestação de substituição será baseado exclusivamente no altruísmo, visto que, ao olhar para outros ordenamentos jurídicos cujo instituto é aceite na sua vertente gratuita, verifica-se que existe um grande número de casos em que os beneficiários pagam pelo serviço da gestante, não existindo meios adequados para garantir que a existência de um mercado clandestino não aconteça.

No âmbito deste capítulo, vimos também a forma como o legislador atribuiu ao CNPMA toda a competência para regular e supervisionar os contratos de gestação de substituição, tendo sido criado por esta entidade um contrato-tipo a ser utilizado entre as partes e que contém um conjunto de direitos e deveres, bem como a existência de várias cláusulas contratuais, dos quais os contraentes devem consentir. Encerramos o nosso capítulo com a análise à forma como o legislador definiu a tramitação do processo de gestação de substituição, tendo como referência o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, que regula o acesso a este instituto.

Com efeito, o nosso capítulo II destinou-se estritamente à análise da natureza jurídica do contrato de gestação de substituição e as suas especificidades, sendo que também aprofundámos a nossa investigação com o alcance de algumas problemáticas que surgiram, nomeadamente, quanto ao direito ao arrependimento e concurso de projeto parental.

O entendimento quanto à natureza jurídica do contrato de gestação de substituição gerou alguma controvérsia entre alguns autores, por despertar dúvidas quanto ao enquadramento do serviço prestado pela gestante, nomeadamente, se se trata de um contrato de doação, aluguer ou compra e venda. Todavia, chegou-se à conclusão que o contrato de gestação de substituição deve ser entendido como um serviço atípico, previsto no art.º 1154.º do CC, o qual assume a natureza gratuita, atenta a proibição expressa de qualquer forma de pagamento.

O pilar que sustenta todo o negócio jurídico de gestação de substituição é o consentimento informado e esclarecido da gestante, pelo que investigamos o tipo de consentimento que é dado por cada um dos intervenientes, bem como o funcionamento desse requisito. Ao longo do nosso estudo, verificámos a clara insuficiência do consentimento prestado, tendo em consideração o vasto e complexo conjunto de

informações que devem ser prestadas, em especial à gestante, e que os formulários-tipo disponibilizados pelo CNPMA, mostram-se insuficientes.

Acresce que, a atualidade e peculiaridade de cada consentimento não se reflete nos modelos de consentimento, não constando todos os cenários possíveis, para que cada um dos contraentes possam, com segurança, manifestar a sua vontade.

Ainda no presente capítulo, verificámos o modo de construção do contrato de gestação de substituição, tendo por referência todos os direitos e deveres referenciados na lei e também no contrato-tipo aprovado pelo CNPMA. Verificámos, também, o modo como o legislador pretendeu evitar a imposição de comportamentos à gestante, tendo sido possível constatar que não existe uma fórmula para evitar que tal situação aconteça, atenta a gratuidade do acordo e, bem assim, a relação jurídica que se estabelece, geralmente, dentro da família. Deste modo, a natureza de tal contrato e os seus contornos pode resultar numa pressão psicológica e regulação de comportamentos, sem que seja percebida.

Esta situação inevitavelmente implicará na instrumentalização da gestante, que poderá ter os seus direitos de autodeterminação e de personalidade condicionados, em função da vontade dos beneficiários, quando estes forem confrontados com entendimentos divergentes aos da gestante e, bem assim, quando têm entendimentos diferentes quanto aos hábitos diários que uma mulher grávida deve ter.

Em sede de direito ao arrependimento, vimos a forma como o legislador pretendeu impor que a gestante mantenha, custe o que custar, o seu consentimento após o parto, traduzindo na clara violação do direito ao desenvolvimento da sua personalidade, pelo que tal situação foi fundamento para que o tribunal constitucional viesse declarar inconstitucional a lei da gestação de substituição. Com efeito, o nosso estudo segue com a compreensão do entendimento do TC nessa matéria, para sustentar a nossa posição negativa quanto ao instituto da gestação de substituição, fazendo para o efeito uma análise ao impacto que o mesmo acarreta na vida dos seus intervenientes, mas acima de tudo, no seio familiar e, consequentemente, na vida da criança.

Não se pode olvidar que a intenção deste instituto é aceitável, por considerar a impossibilidade de muitos casais de alcançar gravidez pelos meios naturais de reprodução. Contudo, não podemos admitir que para tal, se aceite a manifesta instrumentalização da mulher e da criança, em função de um projeto parental dos

beneficiários, havendo ainda a possibilidade de haver uma disputa judicial entre a gestante e os beneficiários, em situações de arrependimento desta última. Não se compreende que se conceba intencionalmente uma criança para sujeitá-la à incerteza quanto ao seu destino, nomeadamente, se será considerada filha dos beneficiários ou da gestante, caso esta pretenda assumir um projeto parental próprio que incidirá sobre a mesma criança, que poderá ser inserida num ambiente familiar conflituoso, resultante dessa mesma disputa.

O princípio *master semper certa est*, previsto no n.º 1, do art.º 1796.º do CC., dispõe que relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento. Por sua vez, a paternidade é atribuída por presunção em relação ao marido da mãe (*cfr.* n.º 2 do referido preceituado).

Como vimos, a entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, veio introduzir no nosso ordenamento jurídico um regime de exceção ao princípio da verdade biológica, ao prever que o estabelecimento da filiação ocorre por acordo comum entre a gestante e os beneficiários, sendo estipulado que a criança nascida será considerada filha dos beneficiários, estipulando que a gestante não pode, em caso algum, contribuir com o seu material genético (art.º 8.º n.º 7 da LGS).

Esta escolha do legislador foi ao encontro da posição de alguns autores²¹⁵ que defendiam que o critério biológico devia ser o elemento determinante para o estabelecimento da maternidade, não sendo compreensível atribuir a maternidade à gestante de substituição, quando esta apenas contribui com o desenvolvimento fetal.

Este acerto por parte do legislador não diminui a nossa preocupação com este instituto, por considerarmos que o mesmo não acautela o princípio da prevalência do interesse superior da criança, na medida em que é submetida a um jogo de interesses dos beneficiários e gestante, em função de um desejo de ter filhos, por muito que se compreenda as suas razões.

É neste desiderato que o nosso capítulo III procurou olhar para o instituto da gestação de substituição e compreender se o chamado *the best interest of the child* é

²¹⁵ Chamamos à colação ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida** in Estudos de Direito da Bioética e BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **O Direito da Família Português: algumas características**. p. 75.

acautelado e se haverá possibilidade de existir um comércio clandestino onde o altruísmo é alvo das relações jurídicas.

Além disso, concluímos que perante a lei e os instrumentos disponibilizados para garantir o acesso à gestação de substituição não garantem com segurança, que tais contratos sejam celebrados a título gratuito, por não ser exequível a continuidade do controlo e fiscalização, para garantir que não haja o pagamento de uma remuneração ou o beneficiamento patrimonial por parte da gestante.

Quer isto dizer, que o casal beneficiário poderá explorar mulheres desfavorecidas em prol da satisfação do seu desejo de ter filhos biológicos, beneficiando a gestante de substituição, ainda que indiretamente, fugindo totalmente do controle das entidades reguladoras.

Ainda que exista uma sanção penal prevista para os contratos onerosos (art.º 39.º da LGS), a verdade é que a mesma poderá não ser suficientemente dissuasora de pagamentos indevidos, resultando na instrumentalização da mulher e na coisificação da gestante. A título exemplificativo, demos o exemplo do casal beneficiário assegurar, por via de amigos próximos, um emprego com salário exorbitante à gestante e que inevitavelmente proporcionará um estilo de vida confortável, que induzirá na criação de um comércio do altruísmo, enquanto que, este mesmo altruísmo foi o argumento utilizado entre muitos para justificar a validade do acordo de gestação de substituição.

Desse modo, verifica-se não só à coisificação da gestante de substituição, mas, também, confirma-se que a criança que vier a nascer, é tratada como uma mercadoria, sendo ela, o derradeiro produto final.

O nosso capítulo III também demonstrou a forma como o legislador português não respondeu à diversas questões de natureza contratual, tendo-se limitado a remeter a competência para o CNPMA para providenciar os meios acessíveis para esta modalidade, não estabelecendo de forma minuciosa todos os critérios indispensáveis para aclarar o funcionamento da gestação de substituição.

Com efeito, vimos a forma como tal indeterminação gerou inseguranças de interpretação e que culmina numa insegurança jurídica, inconcebíveis quando estamos diante de direitos, liberdades e garantias. Em resultado disso, o Tribunal

Constitucional²¹⁶ veio declarar a lei da gestação de substituição inconstitucional, por violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, por considerar que a LGS não acautela os limites contratuais devidos, sendo certo que as mesmas são matérias de reserva de lei parlamentar e, como tal, não podem ser delegadas as suas competências na entidade reguladora (o CNPMA).

Ainda que inserido no âmbito da liberdade contratual e em defesa dos interesses dos seus intervenientes, sabemos que existe uma limitação no que concerne aos negócios jurídicos que violam o princípio da ordem pública e aos bons costumes, nos termos art.º 280.º do CC, pelo que concluímos o nosso estudo, analisando a forma como este instituto está munido de invalidade jurídica.

Com efeito, vimos a forma como este instituto viola manifestamente o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas e da ordem pública, tendo em consideração o impacto dos seus contornos, nomeadamente, com a contratação de um serviço de reprodução humana, onde uma mulher gera uma criança, com o intuito de a abandonar e que viabiliza a compensação patrimonial pelo “altruísmo” da gestante.

Além disso, a incerteza jurídica que esta criança vive, face à possibilidade de arrependimento da gestante de substituição, bem como a eventual disputa de projeto parental dos contraentes são contrários ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art.º 1.º da Constituição, visto que a pessoa humana não pode ser tida como um objeto ou ainda, ser meio ou fim de uma relação jurídica.

Consideramos, que apesar da manifesta boa intenção do legislador, não podemos de todo admitir que um instituto jurídico se baseie apenas no altruísmo humano. Não podemos acolher no seio do nosso ordenamento jurídico um instituto que sobreponha o dogma da vontade dos beneficiários em detrimento da vida da gestante e da criança. Além disso, este instituto se apresenta totalmente desprovido de segurança jurídica, um dos princípios basilares da constituição e que acaba por se revelar mais lesivo do que digno, pois acarreta, para o ser mais desprotegido da relação jurídica – a criança – uma imensa insegurança quanto ao seu amanhã, quanto ao seu lar, quanto à sua família, na verdade, quanto a tudo o que lhe está inerente.

²¹⁶ Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série I - n.º 87 de 07 de Maio de 2018. [Em Linha]. [Consult. 30 de Jun. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A) GERAL

AGUIAR, Francisco Manuel Fonseca de – **O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida.** *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 9781287031161. Vol. 41 n.º 2, 2001, p. 655-713.

ASCENSÃO, José Oliveira de – **O início da vida.** *In* ASCENSÃO, José Oliveira de, coord.- Estudos de Direito da Bioética. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2008. 390 p. Vol. II. ISBN 978-972-40-3141-5, p. 9-29.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético.** Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2006. ISBN: 9789724032504.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **O Direito da Família Português: algumas características.** *In* Jurismat: Revista Jurídica. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes. Número especial 2014, p. 72-78.

CAMPOS, Diogo Leite de – **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito.** *In* ASCENSÃO, José Oliveira de, coord.- Estudos de Direito da Bioética. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2008. 390 p. Vol. II. ISBN 978-972-40-3141-5, p. 73-86.

CAMPOS, Diogo Leite de; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **O início da pessoa humana e da pessoa jurídica.** *In* Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, 2001. Depósito Legal 124011/98. Ano 61 n.º 3, p.1257-1268.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. – **O Direito Geral de Personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0677-3.

CHABY, Estrela - **Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.** In AMARAL, Maria Lúcia; BETTENCOURT, Selma Pedroso, coord.- Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2016. 1238 p. Vol. II. ISBN 978-972-40-6579-3, p. 329-356.

COSTA, Amélia - **Perspectiva jurídica de um acto de amor: a procriação assistida.** Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000. ISBN 972-8094-37-X.

COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva – **A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade.** In Lusíada. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada Editora. ISSN 2182-4118. Ano 2012, n.º 10 (1.º e 2.º Semestre), p. 237-289.

CRORIE, Benedita Mac – **O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida.** In Debatendo a Procriação Medicamente Assistida. Porto: CIJE/FDUP. ISBN 9789897461545, p. 55-62.

FERNANDES, Luís Carvalho Fernandes – **Teoria Geral do Direito Civil.** 4.ª ed., Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. ISBN 978-972-54-0158-3.

FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão – **Comentário ao Código Civil: parte geral.** Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2014. ISBN: 987-972-54-0423-2

GONÇALVES, Patrícia – **Consentimento (Des)Informado na PMA Heteróloga?.** In Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora. Depósito Legal 214044/04. Ano 8, nº 15 Janeiro/Junho 2011, p. 129-138.

GUIMARÃES, Maria Raquel – **“Subitamente, no Verão passado”: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento.** In Debatendo a Procriação Medicamente Assistida. Porto: CIJE/FDUP. ISBN 9789897461545, p. 107-126.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações**, 7.^a ed., Vol. I. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2008. ISBN 978-972-40-3486-7.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes – **Código Civil Anotado** – Vol. I. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0037-6.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. 119 p. ISBN 972-32-0614-5.
- OTERO, Paulo – **A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição**. Direito & Política n.º 1. Loures, 2012. ISBN: 977218275800001, p.82-91.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – **Mãe portadora – a problemática da maternidade de substituição**. In ASCENSÃO, José Oliveira de, coord.- Estudos de Direito da Bioética. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2008. 390 p. 2.º v. ISBN 978-972-40-3141-5, p. 323-334
- PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo** – Lições. 4.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2014. ISBN: 5606939007612
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.
- RAPOSO, Vera Lúcia – **De Mãe para Mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1345-1.
- RAPOSO, Vera Lúcia – **Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)**. In Revista do Ministério Público. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. Ano 38, n.º 149 (Janeiro/Março de 2017), p. 9-51.

B) INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

CÓDIGO CIVIL FRANCÊS [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419302&cidTexte=LEGITEXT000006070721>

CONVENÇÃO EUROPEIA SOBRE O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. [Em Linha]. [Consult. 25 de Ago. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/file/a/571090>

CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA. [Em Linha]. [Consult. 25 de Ago. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/222390>

CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DO HOMEM E BIOMEDICINA. [Em Linha] [Consult. 15 de Mar de 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=selected&nid=1644&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=

DECLARAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DADOS GENÉTICOS HUMANOS DA UNESCO. [Em Linha]. [Consult. 01 de Set. 2018]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY ACT 2008. [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk>

LEGGE 19 FEBBRAIO 2004, N. 40, NORME IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA. [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>

LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE [Em Linha] [Consult. 02 de Maio de 2018]. Disponível em http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2.pdf?ua=1.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA N.º 2.013/2013 [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013_2013.pdf

RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU SOBRE O RELATÓRIO ANUAL SOBRE DIREITOS HUMANOS E A DEMOCRACIA NO MUNDO (2014) E A POLÍTICA DA UNIÃO. [Em Linha] [Consult. 14 de Jun. 2018]. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2015-0470>

THE SURROGACY ARRANGEMENTS ACT 1985 [Em Linha]. [Consult. 15 de Maio de 2018]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk>

C) PARECERES E DOCUMENTOS ELETRÓNICOS

CONTRATO-TIPO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO APROVADO PELO CNPMA [Consult. 15 de Set. 2018]. Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf

DELIBERAÇÃO N.º 20-II/2017, DE 20 DE OUTUBRO DO CNPMA. [Em Linha] [Consult. 04 de Mar. 2018]. Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao20-II.pdf>

DELIBERAÇÃO N.º 21-II/2017, DE 24 DE NOVEMBRO DO CNPMA. [Em Linha] [Consult. 15 de Mar. 2018]. Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao21-II.pdf>

FORMULÁRIO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DO CNPMA. [Em Linha].
[Consult. 01 de Jul. 2018]. Disponível em
http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_formulario_DR_6_2017.pdf

FORMULÁRIOS DE CONSENTIMENTO INFORMADO DISPONIBILIZADOS DO
CNPMA [Em Linha]. [Consult. 15 de Set. 2018]. Disponível em
http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_CI25_TE_GS.pdf e
http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_CI24_FIV_ICSI_GS.pdf

PARECER 3/CNECV/1993 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS
CIÊNCIA DA VIDA. [Em Linha]. [Consult. 20 de Fev. 2018] Disponível em
http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf

PARECER 63/CNECV/2012 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS
CIÊNCIA DA VIDA. [Em Linha]. [Consult. 20 de Fev. 2018] Disponível em
<http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>

PARECER 87/CNECV/2016 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS
CIÊNCIA DA VIDA. [Em Linha]. [Consult. 20 de Ago. 2018]. Disponível em
http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf

RELATÓRIO SOBRE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA. [Em Linha].
[Consult. 20 de Fev. 2018]. Disponível em
http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf

D) LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO N.º 101/2009 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série II – n.º 64 de 01 de Abril de 2009. [Em Linha]. [Consult. 26 de Jun. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/1143211>

ACÓRDÃO N.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série I - n.º 87 de 07 de Maio de 2018. [Em Linha]. [Consult. 17 de Jul. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>

DECRETO REGULAMENTAR N.º 6/2017, DE 31 DE JULHO, que regula o acesso à gestação de substituição, publicado no Diário da República, Série I N.º 146 de 31 de julho de 2017. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/107785481>

LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO, que regula a gestação de substituição, publicado no Diário da República, Série I N.º 160 de 22 de Agosto de 2016. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/75177806/details/maximized?p_auth=VLJzFY4y

LEI N.º 32/2006, DE 26 DE JULHO, que regula o acesso à Procriação Medicamente Assistida, publicado no Diário da República, Série I N.º 143, de 26 de Julho de 2006. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/539239/details/maximized>

VASCONCELOS, Oliveira (Relator) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 1110/05.3TBSCD.C2.S1, de 04 de Fevereiro de 2010. [Em Linha]. [Consult. 27 de Jun. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9f1626c83e72853e802576c1004d0e90>