



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O contrato de gestação de substituição no ordenamento jurídico português

O designado “direito ao arrependimento” da mulher gestante

Catarina Sofia Martins de Almeida

Dissertação de Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O contrato de gestação de substituição no ordenamento jurídico português

O designado “direito ao arrependimento” da mulher gestante

Catarina Sofia Martins de Almeida

Sob orientação da Professora Doutora Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier

Dissertação de Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

À minha família.

À memória dos meus avós.

“Para ser grande, sê inteiro: nada

Teu exagera ou exclui.

Sê todo em casa coisa. Põe quanto és

No mínimo que fazes.

Assim em cada lago a lua toda

Brilha, porque alta vive”.

Ricardo Reis

Agradecimentos

Certo será dizer que a elaboração do presente estudo não teria sido possível sem o contributo de várias pessoas, a quem estou profunda e eternamente grata.

Aos meus pais, a quem devo tudo o que sou. Por todo o amor e apoio incondicional, que vai muito para além do que as palavras possam descrever. Por encetarem todos os esforços para que esta dissertação e todo o meu percurso académico fossem possíveis. Por isso e muito mais...

À minha irmã, por caminhar comigo, lado a lado, em todas as etapas da minha vida. Por viver as minhas conquistas como se suas se tratassem, e por me amparar as quedas.

Aos meus avós, que tanto amo. Por ditarem os melhores exemplos a seguir. Por serem a fonte que renova as minhas energias e por me ensinarem o que é o amor. Devolhes muito!

À minha família e amigos, por estarem sempre lá para mim.

Às minhas grandes amigas, por todas as palavras de carinho e incentivo. Por me mostrarem que a família extravasa os laços de sangue.

Em particular, à Catarina, por acreditar em mim quando nem eu própria acredito, por ser companheira de curso e de vida, e pelas memórias, tantas, que levo comigo para a vida...

Uma palavra de apreço à minha orientadora, pela sábia orientação, por toda a disponibilidade e apoio prestado.

A todos, o meu profundo e sincero agradecimento!

Resumo

O presente estudo analisa o regime da gestação de substituição no ordenamento jurídico português. Foi introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, na LPMA, derogando a versão originária que a proibia expressamente e cominava com a nulidade os eventuais negócios celebrados, sendo, em tal situação, considerada como mãe a mulher que desse à luz. Designa-se como gestação de substituição qualquer situação em que uma mulher 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, sendo admitida apenas a título excepcional, verificados determinados pressupostos. O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a inconstitucionalidade de algumas normas do seu regime, proferindo os Acórdãos do TC n.ºs 225/2018 e 465/2019.

São abordados aspetos do contrato de gestação de substituição como as características do mesmo, as consequências da sua invalidade, os modos de constituição dos vínculos da filiação da criança nascida com recurso a este contrato; o “direito ao arrependimento” da gestante, o incumprimento do contrato e a rutura do compromisso com o projeto parental nas suas diferentes fases.

O estudo conclui que as exigências impostas pelo TC quanto ao direito de desvinculação imotivada da gestante poderão implicar a inadmissibilidade de princípio do contrato de gestação de substituição, na medida em que lhe retira uma característica que constitui o seu núcleo essencial. A consagração de um regime de acordo com os ditames do TC significará que a gestação de substituição em Portugal não seja uma verdadeira gestação de substituição e que a parturiente não seja uma autêntica gestante de substituição.

Palavras-chave: Procriação medicamente assistida, contrato de gestação de substituição, “direito ao arrependimento” da gestante de substituição

Abstract

The present work analyzes the surrogacy regime in the Portuguese legal system. It was introduced by Law no. 25/2016, dated 22 August, in the Medically-Assisted Procreation Law, derogating the original version that expressly prohibited it and menacing with nullity any contracts celebrated, being considered the mother the woman who gave birth. It is called a surrogacy any situation in which a woman is willing to carry a pregnancy on behalf of another person and to “surrender” the child after childbirth, renouncing the powers and duties of motherhood, only being admitted as an exception, if certain assumptions are verified. The Constitutional Court ruled on the unconstitutionality of some rules of its regime, issuing the Decisions No. 225/2018 and 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court.

Aspects of the surrogacy contract are addressed, such as the characteristics of the contract, the consequences of its invalidity, the ways of forming the bonds of filiation to the child born with the use of this contract; the “right to repent of surrogate”, the breach of the contract and the rupture of the commitment to the parental project in its different phases.

The work concludes that the requirements imposed by the Constitutional Court as to the surrogate right to unmotivated disconnection may imply the inadmissibility of the principle of the surrogacy contract, in the way that it removes a characteristic that constitutes its essential core. The establishment of a regime according to the Constitutional Court's dictates will mean that the surrogacy in Portugal is not a true surrogacy and that the pregnant woman is not an authentic surrogate.

Key words: Medically-assisted procreation, surrogacy contract, “right to repent” of surrogate

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	12
Introdução	14
I. Evolução da regulação da gestação de substituição na lei portuguesa.....	16
1. Versão originária da LPMA.....	16
2. Principais alterações introduzidas na Lei n.º 32/2006	18
2.1. Lei n.º 17/2016, de 20 de junho	18
2.1.1. Âmbito subjetivo	18
2.1.2. Âmbito objetivo.....	18
2.2. Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto	19
2.2.1. Da proibição absoluta à admissibilidade legal	19
2.2.2. Da “maternidade de substituição” à “gestação de substituição	20
2.2.3. Noção legal de gestação de substituição.....	21
3. A declaração de inconstitucionalidade de algumas normas do regime da gestação de substituição.....	22
II. O contrato de gestação de substituição na lei portuguesa.....	24
1. Traços essenciais do “modelo português de gestação de substituição”.....	24
2. Caracterização do contrato de gestação de substituição	25
2.1. Objeto.....	26
2.2. Natureza	27
2.3. Sujeitos da relação jurídica	28
2.3.1. Os autores do projeto parental	28
2.3.2. A prestadora do serviço	30
3. O estabelecimento da filiação – <i>Mater semper certa est?</i>	32

3.1. A inscrição no Registo Civil das crianças nascidas por recurso à gestação de substituição.....	34
4. A (in)validade do contrato de gestação de substituição.....	36
4.1. As consequências da aplicação do regime da nulidade no contrato de gestação de substituição.....	36
III. O “direito ao arrependimento” da gestante de substituição: a rutura do seu compromisso com o projeto parental em qualquer uma das suas diferentes fases.....	41
1. A gestante de substituição como beneficiária de técnica de PMA e o consentimento informado.....	41
2. O “direito ao arrependimento” da gestante como possibilidade de recusa imotivada da mulher “ainda não gestante” em prosseguir o processo terapêutico.....	43
3. O “arrependimento” ulterior à transferência do embrião.....	44
3.1. A (in)admissibilidade do abortamento provocado no decurso da gravidez.....	44
3.1.1. O abortamento involuntário.....	45
3.1.2. O abortamento voluntário.....	47
4. O “direito ao arrependimento” da gestante como possibilidade de a mulher depois de ter dado à luz a criança, pretender conservá-la para si, considerando-a como filho/a.....	49
4.1. O TC e a consagração legal do direito à desvinculação imotivada da gestante de substituição.....	50
4.2. A incompreensível dissociação entre o modelo de gestação de substituição e o regime que o concretiza.....	52
4.3. A gestação de substituição e a consideração dos direitos em colisão.....	54
4.4. O exercício do “direito ao arrependimento” por parte da gestante e o estabelecimento da paternidade relativamente ao seu/sua filho/a.....	57
Conclusões.....	60
Referências Bibliográficas.....	62

Advertência

Todas as referências legais sem indicação expressa do diploma a que se reportam devem considerar-se referentes à Lei n.º 32/2006, na sua redação atual.

Importa esclarecer que na presente dissertação, relativamente às notas de rodapé, adotamos o sistema abreviado autor, data, página.

No que diz respeito às páginas web consultadas, adotamos o sistema autor, data, página.

As referências completas poderão ser consultadas na bibliografia final.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. (s) – Acórdão (s)

Al. (s) – Alínea (s)

AR – Assembleia da República

Art. (s) – Artigo (s)

CC – Código Civil

CDHBiom – Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina

Cf. – Conferir, Conforme, Confrontar

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CP – Código Penal

CRC – Código do Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DR - Decreto Regulamentar

Ed. - Edição

IRG – Instituto dos Registos e do Notariado

IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida

N.º (s) – Número (s)

P. (p.) – Página (s)

PMA – Procriação Medicamente Assistida

PR – Presidente da República

SS – Seguintes

TC – Tribunal Constitucional

V. – Vide

Vol. - Volume

Introdução

O debate em torno da gestação de substituição é de grande complexidade, suscitando múltiplas questões em vários domínios, sendo evidente a ausência de consenso a nível jurídico, ético, moral e político.

O desejo de ser mãe ou de ser pai é inerente a grande parte dos seres humanos, no entanto, a sua concretização pode ser perturbada pela impossibilidade física ou biológica de um, ou de ambos, os autores do projeto parental.

Os novos paradigmas associados aos avanços biotecnológicos e científicos no contexto das técnicas de PMA e da gestação de substituição deram lugar à pretensão de os autores de um projeto parental fazerem derivar a respetiva parentalidade da sua vontade materializada num contrato.

A análise da evolução da regulação da PMA e da gestação de substituição no ordenamento português torna-se necessária, devendo prestar-se particular atenção às diferenças entre o regime anterior e o atual. Quais foram as principais alterações introduzidas? Como se caracteriza o contrato de gestação de substituição no ordenamento jurídico português?

O TC veio exigir a consagração do direito de a gestante revogar o consentimento prestado após o nascimento da criança, o que levanta muitas dificuldades. Deverá a lei consagrar o direito de a gestante revogar o seu consentimento em qualquer uma das fases do processo de gestação? A exigência do TC em que a lei contemple o “direito ao arrependimento” da gestante não implicará a inadmissibilidade de princípio do contrato de gestação? Vindo a confirmar-se a previsão de tal “direito ao arrependimento”, como se estabelecerá a paternidade relativamente à criança que vier a nascer?

O presente estudo pretende abordar a questão da consagração de um direito de desvinculação imotivada da gestante durante todas as fases do processo de gravidez.

No primeiro capítulo, far-se-á o enquadramento da LPMA, desde a versão originária até às mais recentes alterações, com particular incidência na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. No segundo capítulo, proceder-se-á à análise criteriosa das características do contrato de gestação de substituição. No último capítulo, será focado o

direito à revogação do consentimento da gestante, nas diferentes fases do processo de gestação, perspectivadas nas dimensões do consentimento informado, do “direito ao arrependimento” da gestante, do incumprimento do contrato e da rutura do compromisso com o projeto parental.

I. Evolução da regulação da gestação de substituição na lei portuguesa

1. Versão originária da LPMA

A Revisão Constitucional de 1997, tendo em vista a proteção da família, fixou como incumbência do Estado Português “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”¹.

Pese embora a delonga do legislador ordinário na concretização deste preceito constitucional, cerca de 10 anos volvidos, a PMA passou a ser objeto de uma disciplina legal, através da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho².

Se alguns autores consideravam este diploma “equilibrado e representativo dos valores dominantes na sociedade portuguesa”; outros afirmavam estarmos perante uma lei “consideravelmente extensa”, “ambiciosa e algo desordenada”, que abrangia domínios alheios à PMA, extrapolando a finalidade para a qual foi criada³⁴⁵.

As técnicas de PMA surgiram como um método subsidiário de procriação⁶. Razão pela qual “não podem ser levada a cabo por mero “capricho” dos potenciais utilizadores, mas apenas quando se preenchem as condições referidas na lei”⁷.

Entendimento perfilhado pelo CNECV, segundo o qual

Quando se parte do princípio de que há um modelo ideal de reprodução em que devam tendencialmente confluir a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica, a defesa da natureza subsidiária da PMA surge quase como natural: só quando falha a possibilidade de fazer coincidir aquelas três dimensões é que se deve poder recorrer às técnicas de PMA⁸.

¹Aditamento da al. e) ao n.º2 do art. 67º da CRP.

²O Governo procedeu à respetiva regulamentação com o DR n.º 5/2008, de 11 de fevereiro.

³Raposo & Pereira, 2006, p.89.

⁴Silva & Costa, 2011, p.13.

⁵Ascensão, 2007, p.1. A “maternidade de substituição”, não obstante ter como pressuposto a utilização de uma técnica de PMA, não pode ser considerada como uma técnica propriamente dita.

⁶V. art. 4º, n.º1.

⁷Raposo & Pereira, 2006, p.92.

⁸Parecer 63/CNECV/2012, pp.4-5.

Como condição objetiva de admissibilidade da utilização de técnicas de PMA, o legislador ordinário não reconduziu essa possibilidade apenas às situações de infertilidade medicamente certificada, reconhecendo outros motivos legítimos para se recorrer à PMA, a saber, “para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”⁹.

No âmbito das condições subjetivas, o acesso às técnicas de PMA ficava circunscrito aos casais de sexo diferente vinculados pelo matrimónio que não se encontrassem separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto, ou que vivessem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos 2 anos. Por seu turno, não era admitido o acesso a pessoas singulares, bem como a casais do mesmo sexo¹⁰.

Oliveira Ascensão alerta para o facto de a lei não fazer nenhuma “referência à continuidade biológica”, pelo que “esta pode existir plenamente”, “mas pode também não existir”¹¹. Desta forma, tanto pode suceder que os membros do casal contribuam com o seu material genético; bem como recorram a gâmetas de um terceiro dador, fornecidos por duas pessoas estranhas ao casal ou apenas por uma.

No que concerne à gestação de substituição, resultava inequivocamente da versão originária da LPMA a proibição absoluta desta figura.

Consequentemente, no art. 8º, n.º1 cominava-se com nulidade os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de “maternidade de substituição”¹².

No seu n.º2, a lei esclarecia ainda que, nesses casos, a parturiente seria considerada mãe da criança que viesse a nascer.

Do ponto de vista da repressão criminal, previa-se uma pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias para aqueles que celebrassem ou promovessem contratos de “maternidade de substituição” somente a título oneroso (art. 39º, n.ºs 1 e 2)¹³¹⁴.

⁹V. art. 4º, n.º2.

¹⁰V. art. 6º, n.º1.

¹¹V. art. 19º. Ascensão, 2007, p.2.

¹²A lei não fazia qualquer distinção entre a gestação de substituição genética ou meramente gestacional, isto é, consoante a gestante fornecesse ou não o seu material genético.

¹³Esta cominação penal indicava que “o legislador assaca um maior juízo de desvalor à maternidade de substituição a título oneroso”. Raposo & Pereira, 2006, p.92. O que se compreende, uma vez que “o corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros” (art. 21º da CDHBio).

¹⁴Decorre do Ac. n.º 101/2009 “que a opção seguida pelo legislador, de não criminalizar, de forma autónoma, a maternidade de substituição gratuita, não merece censura constitucional”.

Tal não significava uma total impunidade nos casos de “maternidade de substituição” não onerosa. Se em sede de inscrição no registo civil a autora do projeto parental se apresentasse como mãe, ao invés da parturiente, estaríamos perante a prática de um crime de falsificação do estado civil, previsto e punido no art. 248º do CP¹⁵.

2. Principais alterações introduzidas na Lei n.º 32/2006¹⁶

2.1. Lei n.º 17/2016, de 20 de junho

2.1.1. Âmbito subjetivo

A Lei n.º 17/2016 alterou o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, ao garantir o seu acesso a “todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade”¹⁷. Assim, operou uma “mudança do paradigma da utilização das técnicas de PMA, centrando as questões numa realidade: que a beneficiária das técnicas é a mulher, independentemente do facto de estar ou não acompanhada por um/a parceiro/a”¹⁸.

Em 2017, com a entrada em vigor do DR n.º 6/2016, de 29 de dezembro, procurou-se garantir “o acesso sem exclusão de qualquer mulher no acesso a estas técnicas, em respeito pelo primado da igualdade”.

2.1.2. Âmbito objetivo

¹⁵Aludindo a este tipo incriminador, Oliveira, 1999, p.27; Loureiro, 2018, pp.1408-1409.

¹⁶Até ao momento ocorreram seis alterações à Lei n.º 32/2006, a saber, Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro; Lei n.º 17/2016, de 20 de junho; Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto; Lei n.º 58/2017, de 25 de julho; Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto; e Lei n.º 48/2019, de 8 de julho.

¹⁷Aditamento do n.º3 ao art. 4º.

¹⁸Parecer 87/CNECV/2018, p.11.

O art. 6.º, n.º1, *in fine*, veio permitir a casais de sexo diferente, mas também casais de mulheres, casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges; ou mulheres sozinhas, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual, aceder a estas técnicas¹⁹.

2.2. Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

2.2.1. Da proibição absoluta à admissibilidade legal

Dez anos volvidos, na sequência de um acérrimo debate legislativo, originou-se a primeira versão do projeto lei que deu origem à nova redação do diploma²⁰.

Primeiramente, deu lugar a um veto presidencial, nos termos do n.º 1 do art. 136º da CRP, assente no facto de o decreto enviado para promulgação não acolher as condições cumulativas *sine qua non* preconizadas pelo CNECV, “enunciadas em duas deliberações, com quatro anos de diferença, e com composições diversas do Conselho e traduziram sempre a perspetiva mais aberta a uma iniciativa legislativa neste domínio”²¹.

Subsequentemente, alterada a redação do texto, culminou-se na promulgação, em 30 de julho de 2016, da Lei n.º 25/2016²². Esta lei veio, pela primeira vez em Portugal,

¹⁹Apontando para a redundância da parte final da norma, na medida em que a orientação sexual não é constitucionalmente suscetível de ser sindicada (arts. 1º, 13º e 27º da CRP), Pereira, 2018, p.788.

²⁰Refira-se que o texto da versão final votada é modificado no próprio dia da votação, concretamente quanto ao facto da mulher que dá à luz poder revogar o seu consentimento num prazo de 48 horas após o parto. Para maiores aprofundamentos, Silva, 2018, pp.53-55.

²¹Texto integral disponível em <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689>.

²²Texto disponível em <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=112417>. A promulgação do diploma na sua nova redação por parte do PR susteve-se na circunstância de traduzir “uma significativa reponderação pelo legislador, que tomou em consideração partes determinantes da argumentação presidencial que sustentou o veto”, reportando-se maioritariamente ao Parecer 87/CNEV/2016. Escreveu o PR que “quanto a este, o novo diploma acolhe a maior parte das condições formuladas, efetuando, no entanto, uma interpretação restritiva da condição sobre os termos da revogação do consentimento, e as suas consequências, admitindo-a até ao início dos processos terapêuticos de PMA, mas não até ao início do parto. Quanto ao primeiro Parecer – Parecer 63/CNEV/2012 – e às condições que, nele, se encontravam mais especificadas do que no segundo, o acolhimento é infelizmente menos significativo”.

permitir e regular o acesso à gestação de substituição, enquadrando-a no universo dos negócios jurídicos²³.

Em 2017, face à “necessidade imperiosa de cumprimento dos requisitos já legalmente fixados”, entrou em vigor o DR n.º 6/2017, de 31 de julho, de forma a “que a regulamentação concretiz[ass]e as condições indispensáveis à plena aplicação das soluções legislativas adotadas”.

2.2.2. Da “maternidade de substituição” à “gestação de substituição”

Oliveira de Ascensão opinava no sentido de que “não havia que proceder a nenhuma qualificação à cabeça. Bastaria falar em gestação para outrem”²⁴.

Ora, o CNECV, ciente que “a semântica escolhida nunca é indiferente em Bioética”, considerou que a expressão maternidade de substituição “pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica”²⁵.

Em conformidade, o CNPMA considerou que esta expressão “afigura ser ontológica e terminologicamente incorreta já que a maternidade é um laço acima de tudo emocional, psicológico e até social que transcende a realidade genética e biológica”²⁶.

Concludentemente, o CNECV optou pela expressão gestação de substituição e gestante de substituição, considerando “que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva”²⁷.

Vera Lúcia Raposo entende que a adoção desta terminologia induz em erro. Para a autora, aquela que seria efetivamente a mãe, por ser a parturiente, estaria a ser

²³Ressalvando que o legislador se teria limitado a admitir a gestação de substituição, mas não propriamente a regulamentá-la, Raposo, 2017a, p.15; Guimarães, 2017, p.125.

²⁴Ascensão, 2007, p.11.

²⁵Parecer 63/CNECV/2012, pp.7-8.

²⁶Parecer CNPMA, 17 de março de 2016, p.11.

²⁷Parecer 63/CNECV/2012, p.8.

designada de substituta. Senão vejamos, como se prevê no art. 1796º, n.º1 do CC que o parto confere inderrogavelmente o estatuto de mãe à parturiente, estaríamos a sugerir que a mulher cujo ventre deu à luz a criança não seria a verdadeira mãe, o que gera alguns equívocos. Poder-se-ia indagar: “Se esta é a verdadeira mãe, quem está ela a substituir?”²⁸²⁹.

Porém, podemos retorquir à interrogação uma vez que esta figura consubstancia um desvio à regra geral do estabelecimento da filiação, pelo que o critério tradicional do parto poderá deixar de prevalecer.

Saliente-se, em todo o caso, a diferença terminológica existente entre a versão originária e a alteração introduzida em 2016, uma vez que se passou a empregar o termo “gestação de substituição”³⁰.

Esta alteração é inteiramente justificada face ao novo enquadramento jurídico delineado pelo legislador. Enquanto a versão originária pugnava pela proibição absoluta, em 2016 veio-se admitir, ainda que a título excepcional, a possibilidade de dissociação entre a mulher que gera e a mulher que é havida como mãe. E, portanto, deduzimos que com esta alteração se procura “tornar claro que mãe é tão-só a mulher que virá a constar do registo de maternidade da criança (mãe jurídica). A mulher que gera e dá à luz é meramente gestante”³¹.

2.2.3. Noção legal de gestação de substituição

Da Lei n.º 25/2016 não resultou qualquer alteração ao nível da noção legal, continuando a definir-se a gestação de substituição como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”³².

²⁸Raposo, 2005, p.10.

²⁹Sugerindo que deveria ser a autora do projeto parental a designar-se como “mãe de substituição”, Emmerson, 1996, p.4.

³⁰A expressão utilizada pelo legislador na versão originária da lei foi ao encontro da doutrina anglo-saxónica, que emprega o termo *surrogate mother*. Esta noção é ampla, na medida em que se usa indistintamente, quer a gestação seja genética ou gestacional.

³¹Pereira, 2017, p.12.

³²V. art. 8º, n.º1.

Esta definição vai de encontro ao proposto por Guilherme de Oliveira, que a caracterizava como “um contrato pelo qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de “mãe”³³.

Refletindo, a este propósito, sobre a alusão à renúncia aos “poderes e deveres próprios da maternidade”, sendo certo que os progenitores não podem renunciar às responsabilidades parentais, comungamos da afirmação do TC ao considerar esta referência ambígua por entender que “não se pode renunciar a posições jurídicas de que *se não é – nem se poderá vir a ser (...)* – titular”³⁴³⁵.

Como aduz Jorge Duarte Pinheiro, “o conceito contém uma visão apriorística da matéria de determinação da filiação materna: seria mãe quem dá à luz”³⁶. Contudo, prevê o art. 8º, n.º7 que a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos “beneficiários”.

Na verdade, *se à priori* as partes acordam que a filiação relativamente à criança que vier a nascer será estabelecida em relação aos autores do projeto parental, naturalmente que as responsabilidades parentais serão assumidas por estes últimos. Logo, serão estes os verdadeiros titulares dos direitos-deveres sob aquela criança no decurso de todo o processo. Assim, paradoxal será a menção à renúncia aos direitos e deveres próprios da maternidade por parte da gestante, dado que ela nunca terá sido titular desses mesmos direitos-deveres.

Deste modo, preconizamos que se opte por uma definição mais neutra. O autor supra citado define a gestação de substituição como a situação em que “uma mulher dispõe-se a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto à outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe”³⁷.

3. A declaração de inconstitucionalidade de algumas normas do regime da gestação de substituição

³³Oliveira, 1992, pp.8-9. No mesmo sentido, Raposo, 2005, p.13.

³⁴V. art. 1882º do CC.

³⁵Ac. do TC n.º 225/2018, p.1897.

³⁶Pinheiro, 2017, p.185.

³⁷*Ibidem*.

A 24 de abril de 2018, após um pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade formulado por um grupo de trinta deputados à AR, o TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de grande parte das normas do regime da gestação de substituição, proferindo o Ac. n.º 225/2018³⁸.

Centrou-se sobretudo nas seguintes questões: o “direito ao arrependimento” da gestante após o parto e o direito das pessoas nascidas em consequência de processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões conhecerem a identidade dos dadores de gâmetas e da gestante³⁹.

Posteriormente, a 19 de julho de 2019, a AR aprovou o Decreto 383/XIII, com vista à sétima alteração à LPMA, enviando-o posteriormente ao PR para que o promulgasse como lei⁴⁰.

Todavia, a 18 de setembro de 2019, na sequência de um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade por parte do PR, o TC voltou a declarar inconstitucionais algumas normas relativas à gestação de substituição, proferindo o Ac. n.º 465/2019⁴¹.

O TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade de duas normas constantes do art. 2º do Decreto 383/XIII, na parte em que manteve em vigor o n.º8 do art. 8º, que passou a constar do n.º13; e na parte em que aditou a al. j) sobre a revogação do consentimento e do contrato ao n.º15.

³⁸V. art. 281º, n.ºs 1, al. a), e 2, al. f) da CRP. Se tivesse sido requerida a fiscalização preventiva da constitucionalidade, o TC teria de pronunciar-se no prazo máximo de 25 dias (art. 278.º, n.º8 da CRP), o que poderia não ser possível pela complexidade subjacente a esta problemática e necessidade de ponderação.

³⁹Em matéria de anonimato, o TC adotou uma posição revolucionária, alterando a posição acolhida no Ac. n.º 101/2009, que julgava que o regime mitigado de anonimato dos dadores não era merecedor de censura constitucional. Sobre esta temática, v. Canotilho & Moreira, 2007, p.462; Reis, 2008; *Idem*, 2016, pp. 159-176.

⁴⁰O Decreto manteve o regime previsto no art. 8º, n.ºs 7 e 8, vertendo-o nos arts. 10º e 13º.

⁴¹V. art. 278.º, n.º1 da CRP.

II. O contrato de gestação de substituição na lei portuguesa

1. Traços essenciais do “modelo português de gestação de substituição”

No ordenamento jurídico português, a gestação de substituição surgiu com carácter excecional, sendo admitida “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em *situações clínicas que o justifiquem*” (art. 8º, n.º2)⁴².

Nota diferenciadora e caracterizadora deste modelo é a natureza necessariamente gratuita do contrato (art. 8º, n.º2), proibindo-se “qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança” (art. 8º, n.º5)⁴³.

Acresce o facto de se proibir a celebração de negócios jurídicos com esta finalidade “quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas” (art. 8º, n.º6), com o propósito de salvaguardar a liberdade de decisão da gestante.

O legislador ordinário cuidou de estipular que a intervenção da gestante assumirá uma natureza meramente gestacional, impedindo-a de “ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante” (art. 8º, n.º3)⁴⁴. Simultaneamente, promove-se a ligação genética com os autores do projeto parental, exigindo-se que o processo seja realizado com o recurso aos gâmetas de, pelo menos, um deles.

Vindo a verificar-se o nascimento de uma criança com recurso a tal processo, esta será havida como filha dos autores do projeto parental (art. 8º, n.º7), afastando-se o critério geral do estabelecimento da filiação consagrado no art. 1796º do CC.

⁴²Sobre este conceito indeterminado carecido de preenchimento, Raposo, 2017a, pp.27-28.

⁴³O citado art. excetua o pagamento do “valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio”.

⁴⁴Visa-se evitar o “risco do sentimento de maternidade”. Loureiro, 2013, p.1402.

As formalidades do contrato encontram-se consignadas no art. 8º, n.º10. Existe um desvio à regra geral da liberdade de forma, prevista no art. 219º do CC, uma vez que se exige a sua redução a escrito.

A LPMA delimita o conteúdo do contrato pela positiva, exigindo que, em conformidade com a legislação em vigor, se incluam as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual IVG (art. 8º, n.º10); bem como, pela negativa, não se podendo impor restrições de comportamentos à gestante, nem normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade (art. 8º, n.º11).

Importa ressaltar que a celebração destes negócios carece de autorização prévia do CNPMA, entidade incumbida de supervisionar todo o processo, sendo esta autorização antecedida de audição da Ordem dos Médicos (arts. 8º, n.ºs. 4 e 10)⁴⁵.

Por último, no plano juscivilístico, assinalamos a cominação com nulidade como corolário da celebração deste negócio jurídico em contravenção ao disposto na lei (art. 8º, n.º12).

Já em termos de repressão penal, a nova redação do art. 39º pune não só a sua celebração a título oneroso, bem como gratuito, desde que se violem algum dos requisitos legalmente previstos⁴⁶.

Ainda neste plano, esclarece-se quem pode ser responsabilizado e em que termos, penalizando de forma diferenciada os autores do projeto parental e a gestante, bem como os promotores do contrato e os que dele retiram benefícios económicos.

2. Caracterização do contrato de gestação de substituição

Com a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a gestação de substituição passou a ser enquadrada no universo jurídico português como um contrato, ou seja, como um negócio jurídico bilateral em que “há duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo

⁴⁵V. art. 2º do DR n.º 6/2017 e Deliberação n.º 18-II/2017.

⁴⁶São diversas as vozes que se insurgem contra a opção pela criminalização, pelo facto do Direito Penal ser de última *ratio*, entre as quais, Reis, 2010, pp.87-92; Costa & Lima, 2012, p.247; Lança, 2016, p.72; Pereira, 2017, pp.15-19; Raposo, 2017a, p.29.

oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte”⁴⁷.

Como obrigações essenciais do contrato, destacam-se as obrigações assumidas pela gestante, de se submeter a uma técnica de PMA, de suportar uma gravidez por conta de outrem e, findo o parto, de “entregar” o recém nascido aos autores do projeto parental, permitindo que a filiação seja estabelecida em favor destes.

Dado que não se trata de um contrato unilateral puro, mas bilateral imperfeito, os autores do projeto parental assumem a obrigação de receber o recém-nascido como filho e que seja estabelecida a filiação em relação a si próprios, bem como de reembolsar a gestante pelas despesas decorrentes da gravidez, não havendo qualquer contrapartida pelo serviço prestado⁴⁸.

2.1. Objeto

Nos termos do art. 280º do CC, é nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável e, de igual modo, contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

Como refere Mota Pinto, do preceituado “se infere serem condições de validade do negócio jurídico a *possibilidade física ou legal* (“*ad impossibilia nemo tenetur*”), a *não contrariedade à lei* (licitude), a *determinabilidade*, a *não contrariedade à ordem pública* e a *conformidade com os bons costumes* do objeto negocial”⁴⁹.

A admissibilidade de um contrato nestes termos convoca o princípio da dignidade da pessoa humana, postulado no art. 1º da CRP. Há quem entenda que a dignidade da mulher portadora e da criança que virá a nascer são violadas, na medida em que o corpo da gestante é tratado como uma mera incubadora e a criança como uma mercadoria à qual é atribuído um valor de mercado, o que claramente viola o princípio da ordem pública preconizado no art. 280º, n.º2 do CC⁵⁰.

⁴⁷Pinto, 2012, p.385.

⁴⁸Guimarães, 2017, p.115.

⁴⁹Pinto, 2012, pp.553-554.

⁵⁰Patto, 2012.

A questão do objeto da relação jurídica é um dos pontos que mais tem suscitado controvérsia na doutrina. Vozes se levantam no sentido de estar em causa um contrato cujo objeto da referida obrigação de “entrega” pela gestante aos autores do projeto parental é uma criança⁵¹. Na verdade, se assim for, não restam dúvidas de que fica prejudicada a admissibilidade deste contrato, na medida em que é proibida veementemente a comercialização e coisificação de um ser humano.

Alertamos, assim, para a impropriamente designada “entrega da criança”, uma vez que ao ser entregue estaríamos a considerá-la uma coisa objeto de um contrato, o que é inválido à luz do Direito Português.

Para outros autores, o que se está a contratar é a prestação de um serviço, e não o “resultado” final, entendimento que também perfilhamos⁵².

2.2. Natureza

Aderimos integralmente à posição de Vera Lúcia Raposo quando menciona que “o que se contrata é a prestação de um serviço”, neste caso, um serviço reprodutivo⁵³.

Afastamos, desde logo, a qualificação deste contrato como uma compra e venda ou doação, uma vez que os seus efeitos essenciais consistem na transmissão da propriedade de uma coisa e conseqüente obrigação de entrega da mesma⁵⁴. Certo é que a criança nascida ao abrigo de um contrato de gestação nunca poderá ser considerada coisa (arts. 66º e 202º do CC)⁵⁵⁶.

Arredamos a hipótese de se tratar de um contrato de locação ou comodato de útero, visto que a gestante não proporciona à outra parte o gozo temporário ou uso de uma coisa⁵⁷. Aliás, este contrato não se limita à cedência do útero para proveito dos

⁵¹Oliveira, 1992, p.43; Chaby, 2016, p.349-350.

⁵²Raposo, 2012, p.26.

⁵³*Ibidem*.

⁵⁴V. art. 874º e 879º; 940º e 954º do CC. Ademais, a característica principal da compra e venda é o pagamento de um preço e a lei portuguesa exige a gratuitidade do negócio.

⁵⁵Pinheiro, 2017, p.188.

⁵⁶Nestes contratos “a obrigação principal do vendedor ou doador circunscreve-se à entrega do objeto, enquanto o contrato de maternidade de substituição engloba uma obrigação principal prévia à entrega da criança – a mãe de gestação vincula-se a iniciar e completar uma gravidez”. Pinheiro, 2017, p.188.

⁵⁷V. arts. 1022º e 1129º do CC. Neste sentido, Raposo, 2005, p.41.

autores do projeto parental, visto que a gestante assume também a obrigação de suportar uma gravidez durante nove meses e de permitir que a filiação seja estabelecida relativamente a estes⁵⁸.

Assim, consideramos que este contrato é uma modalidade do contrato de prestação de serviço⁵⁹⁶⁰. Saliente-se que a obrigação assumida pela gestante excede a mera prestação de um trabalho corporal ou manual, o que lhe confere um caráter *sui generis*.

Duarte Pinheiro considera estarmos perante uma prestação de serviço atípica, posição que corroboramos uma vez que, tendo em conta o seu caráter eminentemente pessoal, jamais se poderá configurar uma mera prestação de serviço⁶¹.

2.3. Sujeitos da relação jurídica

Os sujeitos da relação jurídica são as pessoas entre quem se estabelece o vínculo respetivo, o que nos leva a afirmar que poderão estar vinculados a um contrato de gestação de substituição aqueles que assumem *ab initio* o projeto parental e aquela que se predispõe à prestação do serviço⁶².

Denotamos o vácuo legislativo quanto à densificação de critérios para que os sujeitos possam ser partes outorgantes num contrato de caráter tão sensível e complexo.

2.3.1. Os autores do projeto parental

Quando a LPMA se refere aos “beneficiários”, reporta-se àqueles a quem são aplicadas as técnicas de PMA⁶³. No caso da gestação de substituição, é a própria LPMA

⁵⁸Pinheiro, 2017, p.188.

⁵⁹V. arts. 1154º do CC. Guimarães, 2017, pp.114.

⁶⁰Considerando se podem aplicar as regras do mandato, enquanto regime paradigmático do contrato de prestação de serviço, Guimarães, 2017, p.125.

⁶¹Pinheiro, 2017, p.188.

⁶²Pinto, 2012, p.189.

⁶³V. arts. 6º e 14º.

que designa como “beneficiários” para efeitos da declaração negocial os autores do projeto parental.

Parece-nos que o legislador ordinário deveria ter esclarecido devidamente a diferença entre o conceito de beneficiários para efeito da LPMA do adotado no âmbito da celebração do contrato de gestação de substituição.

A questão que se coloca é a de saber se os beneficiários elencados no art. 6º, n.º1 podem, concomitantemente, ser considerados beneficiários para efeitos de recurso à gestação de substituição⁶⁴.

O CNPMA entendeu ser “plenamente justificável que o conceito de “beneficiário” não tenha, nestas situações, uma extensão/compreensão lógica igual àquela que é válida nas demais áreas de atividade em PMA”, tendo em conta “o carácter absolutamente excecional e especial da gestação e conseqüentemente dos requisitos exigidos para a celebração do negócio jurídico subjacente, e (...) o facto de a lei não considerar a gestação de substituição como uma técnica de PMA”⁶⁵.

Realçando que “o específico teor literal da expressão “*com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários*” (...) indicia de forma suficiente a exigência de um casal beneficiário”, conclui “circunscrevendo assim o acesso à gestação aos beneficiários e beneficiárias que convivem enquanto casais de sexo diferente ou casais homossexuais de mulheres”⁶⁶⁶⁷⁶⁸.

Contrariando precisamente esta argumentação, Vera Lúcia Raposo advoga que “o legislador optou por esta redação para expressar que, existindo dois beneficiários da técnica, apenas um é obrigado a contribuir com gâmetas”⁶⁹. O mesmo é dizer que uma mulher singular pode recorrer a este instituto, desde que forneça o seu próprio material genético e preencha os demais requisitos exigidos pela lei.

⁶⁴O TC no Ac. n.º 225/2018 esclarece “que a utilização do plural no presente acórdão – “beneficiários” - não deve ser entendida como uma tomada de posição do Tribunal”, p.1896.

⁶⁵Deliberação n.º 20-II/2017.

⁶⁶*Ibidem*. Em conformidade, Pereira, 2018, p.806.

⁶⁷Os arts. 2º, n.ºs 1, 2, als. a), b) e c), 9, e 3, n.º3, als. f) e k) do DR n.º6/2017 referem-se ao “casal beneficiário”, o que poderia reforçar a ideia de exclusão do recurso a este contrato por parte de uma mulher singular.

⁶⁸Embora o art. 2º, n.º2, al. c) do DR n.º6/2017 faça referência à “mulher elemento do casal”, nada obsta a que esta possibilidade se estenda a casais de beneficiários compostos por duas mulheres. Pedro, 2018, p.199.

⁶⁹Raposo, 2017a, p.12. No mesmo sentido, Guimarães, 2018, p.145.

Certo é que a posição jurídica de pelo menos um dos “beneficiários” terá sempre que ser assumida por uma mulher que, por alguma circunstância física ou, quiçá, psicológica, esteja incapacitada de procriar, dado que o fundamento do recurso a esta prática radica sempre na impossibilidade de uma mulher gerar uma criança.

Quanto aos limites etários mínimos e máximos dos autores do projeto parental, o legislador foi omissivo⁷⁰.

2.3.2. A prestadora do serviço

Tendo em conta as especificidades da relação subjacente a este contrato, causamos alguma estranheza que o legislador ordinário não tenha tido o cuidado de delinear o perfil da gestante. Saliente-se que, por imperatividade biológica, na medida em só uma mulher tem útero, a gestante terá que ser impreterivelmente uma mulher.

Resta-nos, assim, recorrer às regras gerais previstas na LPMA. Dispõe o art. 6º, n.º2 que “as técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas”⁷¹.

Cumprir advertir que, embora a gestante seja submetida a uma técnica de PMA, para efeitos da lei ela “não será considerada como “beneficiária” em sentido próprio, somente por extensão legal”⁷². O que significa que se poderá aplicar este requisito da capacidade jurídica também à gestante. Resultado esse a que também chegaríamos pela aplicação das regras gerais do CC.

Perante este enquadramento legal, cabe perguntar se o pressuposto da capacidade jurídica para que se possa celebrar este contrato é satisfatório ou se, porventura, se deveriam ter definido limites etários mínimos e máximos em relação à prestadora do serviço.

⁷⁰Poderíamos equacionar a hipótese destes limites serem os previstos para os beneficiários a quem são aplicadas as técnicas de PMA. Comparando com os limites etários consagrados no regime jurídico da adoção, Pedro, 2017, pp.156-158.

⁷¹Como corolário da eliminação dos institutos de inabilitação e de interdição, com a alteração pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, passou-se a aludir às sentenças de acompanhamento.

⁷²Xavier, 2019, p.348. No mesmo sentido, Guimarães, 2017, p.121; Raposo, 2017a, p.41.

Vera Lúcia Raposo vincou a necessidade de esta mulher evidenciar uma “suficiente maturidade psicológica para desempenhar a função de gestante (...) (o que é diferente da maturidade conferida pela maioridade), averiguada mediante uma prévia avaliação psicológica”⁷³. Sugere-se também que seja submetida a uma avaliação física, de forma a atestar que a mesma é saudável e capaz de levar a gravidez a bom termo⁷⁴.

É justamente pelo facto de se procurar assegurar que esta mulher possui o discernimento necessário para compreender as implicações físicas e psíquicas subjacentes ao processo de gravidez e à própria maternidade, que arredamos o critério geral da maioridade. É nosso entendimento que, regra geral, aos 18 anos de idade uma pessoa não possui idoneidade para formular uma vontade livre e esclarecida quanto à participação num processo desta envergadura⁷⁵.

Quanto ao limite de idade máximo, o CNPMA veio estabelecer que esta não poderá ter uma idade superior a 45 anos, autonomizando este limite em relação ao limite geral estabelecido para o recurso às técnicas de PMA (até aos 50 anos de idade materna)⁷⁶.

Como esclarece o CNPMA, na gestação de substituição, uma vez que “há uma dissociação entre a pessoa sujeita aos riscos da gravidez e a pessoa que beneficiará da mesma”, deve ser conferida uma especial proteção a quem altruisticamente se colocou naquela situação, de forma a que não corra riscos desmesurados que possam prejudicar a sua saúde⁷⁷.

Há também quem reclame a exclusão de quem nunca tenha sido mãe, avocando que só assim é que se poderá “perceber o tipo de relação emocional que a gestação acarreta”⁷⁸. Isso permitirá “minimizar o sentimento de perda e o risco de arrependimento aquando da entrega da criança após o parto”⁷⁹⁸⁰.

⁷³Raposo, 2017a, p.41.

⁷⁴*Ibidem*.

⁷⁵Sugerindo uma idade mínima de 25 anos, Raposo, 2005, p.135.

⁷⁶Deliberação n.º 21-II/2017.

⁷⁷*Ibidem*.

⁷⁸Raposo, 2017, p.41.

⁷⁹Silvestre, 2018, pp.47-48.

⁸⁰Atente-se que o Decreto n.º 383/XII previa no art. 8º, n.º3 que “pode ser gestante de substituição a mulher que já tenha sido mãe”.

Controversa é a problemática das relações de parentesco entre a prestadora do serviço e os autores do projeto parental⁸¹. Enquanto uns defendem a existência de uma relação de parentesco (ou, pelo menos, de grande afetividade), outros pleiteiam para que se proíba expressamente a sua participação nestas condições⁸².

Se o art. 8º, n.º6 proíbe a celebração destes negócios quando exista uma relação de subordinação económica entre as partes, de modo a evitar algum tipo de pressão sobre a parte mais vulnerável, o que diríamos nestes casos em que as familiares que prestam este serviço vivenciam de perto o sofrimento prolongado daquele casal que não consegue procriar?⁸³

3. O estabelecimento da filiação – *Mater semper certa est?*

Da observância estrita dos princípios estruturantes do sistema de estabelecimento da filiação - o princípio do biologismo ou da verdade biológica e o princípio da taxatividade dos meios de estabelecer filiação- resultaria precisamente a conclusão de que a “maternidade de substituição” deveria ser terminantemente vedada⁸⁴.

Em virtude da configuração das soluções acolhidas pelo Direito da Família não poder ser alheia ao conhecimento produzido noutras áreas científicas, a filiação biológica começou a ceder face à filiação afetiva, o que acarretou uma reestruturação do próprio sistema de constituição de vínculos de filiação⁸⁵.

Começaram a perfilhar-se alguns desvios à regra geral da verdade biológica, sendo que encontram-se legalmente previstas no atual quadro normativo a filiação adotiva, a PMA com recurso a dador e, mais recentemente, a gestação de substituição.

⁸¹O CNPMA, na sua Deliberação n.º 21-II/2017, veio permitir uma “menor amplitude de proteção da saúde da gestante (...) à luz de outros valores dignos de tutela, tal como a proteção da família”. Daí que, nos casos em que a gestante seja mãe ou irmã de algum dos autores do projeto parental, se preveja o limite máximo de 50 anos. Recentemente, o Decreto n.º 383/XIII determinou no art. 8º, n.º8 que “pode ser gestante de substituição a mulher que seja, preferencialmente, parente em linha reta até ao 2.º grau ou até ao 4.º grau na linha colateral, afim até ao 2.º grau ou adotante de pelo menos um dos beneficiários”.

⁸²Defendendo a previsão desta condição, Barros, 2012, p.25. Em sentido oposto, Loureiro, 2013, p.1246.

⁸³Lança, 2016, p.78; Raposo, 2017, p.41.

⁸⁴V. Coelho & Oliveira, 2006, pp.52-60.

⁸⁵Sobre as diversas modalidades de filiação, v. Pinheiro, 2017, pp.89 e 97.

Em matéria de estabelecimento da filiação, o regime previsto no CC parte da premissa que juridicamente mãe é aquela de cujo ventre a criança nasceu, e pai é aquele que forneceu o seu espermatozoide e fecundou o óvulo da mãe.

Segundo o art. 1796º, n.º1 do CC, a maternidade jurídica resulta do facto biológico do nascimento⁸⁶. No que toca à paternidade, o n.º2 do aludido art. conjugado com o n.º1 do art. 1826º do CC, indica que se presume que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, a paternidade estabelece-se pelo reconhecimento⁸⁷.

A questão ganha particular complexidade no caso da gestação de substituição, uma vez que art. 8º, n.º7, na redação dada pela Lei n.º 25/2016, determina que “a criança que nascer do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”.

A peculiaridade desta situação radica na possibilidade de cisão do estatuto de mãe, dissociando-se três verdades - gestacional, genética e volitiva – outrora imanes, sobrevivendo a dúvida sobre quem será, afinal de contas, a mãe jurídica daquela criança.

Face ao exposto, assistimos ao abalo de um velho princípio herdado do direito romano, o brocado latino “*mater certa semper est*”, que se concretiza em reconhecer que mãe é aquela que dá à luz a criança.

Não rara a coincidência entre a verdade genética e a verdade volitiva, controverso será determinar se a maternidade deve ser estabelecida em relação à mulher que assumiu a concretização do projeto parental ou à prestadora do serviço que cedeu o seu útero para o processo de gestação.

Vera Lúcia Raposo avança com argumentos ponderosos a favor do critério gestacional, advertindo para o facto de ser esta “a que mais investimento físico faz na criança, bem como o peso do vínculo que se gera entre ambas durante o processo de gestação, e ainda por ser o de mais fácil determinação”⁸⁸.

A mesma autora, em benefício do critério motivacional, faz uma analogia com a hipótese da doação de gametas “já que nunca os dadores são tidos como pais da criança,

⁸⁶V. arts. 1803º a 1825º do CC.

⁸⁷V. arts. 1847º e 1869º e ss do CC.

⁸⁸Raposo, 2014, p.846.

mas sim aqueles que a desejam para si”⁸⁹. Outro “bom argumento a favor da maternidade da mulher contraente, quando tenha sido esta a fornecer óvulo (substituição meramente gestacional), é que neste caso se conjuga o critério biológico com o critério da vontade/consentimento”⁹⁰.

Creemos que a maternidade deverá ser estabelecida em relação à autora do projeto parental, através de uma construção legal alicerçada na valorização do critério volitivo (e também genético no caso dela ser fornecedora do óvulo). Este instituto, independentemente da sua conformidade constitucional e compatibilidade com a dignidade humana, tem como finalidade precípua o estabelecimento da maternidade em relação à autora do projeto parental. Assim, apenas estamos a cumpri-lo na sua plenitude se atribuirmos a maternidade a quem despoletou o seu surgimento, a autora de um projeto parental que sozinha não o conseguiria materializar.

Mais diríamos, o estabelecimento da filiação não resulta nem tem por fonte o contrato, mas a própria lei. Aliás, não podem as partes, ao abrigo da autonomia privada, acordar a constituição de vínculos de filiação à revelia das normas imperativamente previstas.

Apesar da interligação evidente entre a celebração de um contrato válido e o consequente estabelecimento da filiação, porquanto só a execução válida e eficaz deste contrato é suscetível de conduzir à aplicação deste critério especial de estabelecimento da filiação, gozam ambos de autonomia.

3.1. A inscrição no Registo Civil das crianças nascidas por recurso à gestação de substituição

Após o parto, surge a necessidade de estabelecer a filiação em relação à criança nascida por via da celebração do contrato de gestação, o que se efetiva mediante a sua inscrição no registo civil⁹¹.

⁸⁹ *Idem*, p.847

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ V. art. 1797º, n.º1 do CC e arts. 1º, als. a) e b), e 2º do CRC.

A declaração de nascimento é feita de acordo com os arts. 96º e ss do CRC⁹². Dita o n.º1 que “o nascimento ocorrido em território português deve ser declarado verbalmente, dentro de 20 dias imediatos, em qualquer conservatória de registo civil ou, se o nascimento ocorrer em unidade de saúde onde seja possível declarar o nascimento, até ao momento em que a parturiente receba alta da unidade de saúde”.

Sob o prisma que desenvolvemos até agora, para dar cumprimento ao contrato, deveriam ser os autores do projeto parental a proceder ao registo. Rute Teixeira Pedro refere que “uma vez nascida a criança, poderia fazer-se inscrever diretamente – sem necessidade de qualquer ato jurídico adicional – no registo essa parentalidade, bastando para o efeito a demonstração da vontade manifestada pelos beneficiários”⁹³.

Contudo, como elucida Rita Lobo Xavier,

*A “gestante” será uma grávida e será uma parturiente como qualquer outra. O seu nome estará escrito na pulseira que rodeará o pulso do recém-nascido. Será ela quem terá alta do estabelecimento de saúde onde dará à luz a criança. Terá um poder de facto de se recusar a entregar o recém-nascido e de promover o assento de nascimento do mesmo com indicação do próprio nome como mãe*⁹⁴.

Na prática, nenhum mecanismo impedirá a gestante de proceder ao registo da criança, sendo suficiente a exibição pelo declarante do documento comprovativo do facto⁹⁵. Se do assento de nascimento não poder constar o nome da gestante ou a indicação que o nascimento adveio da aplicação de técnicas de PMA, dificilmente o conservador terá conhecimento⁹⁶.

De modo a facilitar o registo da criança nascida, o CNPMA “mediante a apresentação de documentação comprovativa, emitirá uma declaração atestando que a criança nascida é, para todos os efeitos, filha do casal beneficiário”⁹⁷. Desta forma, no momento do registo estes poderão munir-se dessa declaração junto da Conservatória do Registo Civil.

⁹²V. art. 1803º, n.º1 do CC.

⁹³Pedro, 2018, pp.206-207.

⁹⁴Xavier, 2019, p.353.

⁹⁵V. art. 102º do CRC.

⁹⁶V. art. 15º, n.º6.

⁹⁷Deliberação n.º 22-II/2017.

Da *iure constituendo*, uma vez que não há nenhum dispositivo legal a fazer qualquer menção à questão do registo, parece-nos que o procedimento para o registo de uma criança nestas condições deve ser efetivado por via de uma construção legal, em sede própria. Poder-se-ia inserir no CRC uma norma a determinar que em caso de gestação de substituição não se poderá proceder ao registo da criança relativamente à parturiente ou, consagrando-se a possibilidade de “arrependimento”, determinar como se irá efetivar tal situação.

Alternativa última será a de dirimir o litígio por via de uma ação judicial, provando que o contrato foi celebrado respeitando os pressupostos exigidos por lei e requerendo a anulação do registo em nome da gestante.

4. A (in)validade do contrato de gestação de substituição

4.1. As consequências da aplicação do regime da nulidade no contrato de gestação de substituição

Nos termos do art. 8º, n.º12, os negócios jurídicos de gestação de substituição celebrados em contravenção a algum dos requisitos legais de validade do contrato são cominados com nulidade.

O principal efeito jurídico pretendido pelos sujeitos deste contrato é o estabelecimento da filiação da criança que vier a nascer relativamente aos autores do projeto parental. A lei é clara ao afirmar que, verificando-se o nascimento de uma criança mediante o recurso à gestação de substituição, no pressuposto de que o contrato é válido, esta será havida como filha dos respetivos “beneficiários” (art. 8º, n.º7).

O que já não será tão claro assim é quem serão havidos como pais daquela criança se o contrato vier a ser declarado nulo, ficando a questão em aberto na atual LPMA, dado que a norma do n.º7 não opera qualquer distinção.

Enquanto na versão originária da LPMA consagrou-se expressamente no art. 8º, n.º3 que “a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para

todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”, na redação dada pela Lei n.º 25/2016 o legislador permaneceu silente quanto a este aspeto⁹⁸.

Aludindo a um argumento sistemático, Vera Lúcia Raposo advoga que “não existe norma expressa na lei a impor o afastamento da regra do artigo 8º, n.º7”, o que “parece indicar que mesmo no caso de ilícito típico se mantém a parentalidade dos pais contraentes”⁹⁹.

Para Raquel Guimarães não podemos ignorar que “a regra da filiação surge no n.º7 do art. 8º, entre as várias condições e requisitos de validade do contrato de gestação e não a rematar o preceito, depois de definida a consequência da nulidade em caso de preterição dos elementos elencados”¹⁰⁰.

A autora não considera “que se tenha consagrado com a última alteração legislativa o princípio inverso daquele que vigorava anteriormente ou, sequer, que a solução perfeitamente afirmada tenha deixado de valor no contexto do novo espírito da lei”¹⁰¹.

Aliás, se o legislador pretendesse que se atribísse eficácia jurídica a um negócio nulo isso teria que estar expressamente previsto na lei e, não estando, “a nulidade do contrato não pode deixar de ter como consequência, também hoje, a maternidade da gestante”¹⁰².

Na verdade, uma vez que a nulidade obsta à produção dos efeitos jurídicos visados pelos sujeitos do contrato, poderíamos concluir que deixa de se aplicar a regra especial do art. 8º, n.º7, operando a regra geral do art. 1796º do CC. Assim, a gestante passaria a ser considerada mãe da criança que viesse a nascer.

Criticando o empreendimento do legislador ordinário, no Ac. do TC n.º 225/2018, declarou-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º12 do art. 8º.

⁹⁸Considerando que “a reação é extrema e percebe-se o intento: pretende-se desanimar o negócio, determinando que terá sempre o efeito contrário ao pretendido. (...) Mas a solução é gravemente errada. A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção. O interesse prioritário é o do novo ser e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação”, Ascensão, 2007, p.18. Em conformidade, Parecer 63/CNECV/2012, pp.10-11; Costa e Lima, 2012, p.246; Lança, 2016, pp.72-73.

⁹⁹Raposo, 2017a, p14.

¹⁰⁰Guimarães, 2017, p.123.

¹⁰¹*Idem*, p.122.

¹⁰²*Idem*, p.123.

A este propósito, teceremos várias considerações. Em primeiro lugar, ainda que se verifique a ausência de regulamentação específica no que tange à LPMA, aplicar-se o regime geral da nulidade dos contratos terá repercussões perniciosas em matéria de estabelecimento da filiação de crianças nascidas no decurso de um contrato de gestação de substituição.

Pode suceder que, num momento posterior, depois de o contrato ter sido integralmente cumprido, se constate que foi violado um dos requisitos estabelecidos pela lei. Não se divisa em que medida se poderá determinar a eliminação retroativa dos efeitos até então produzidos, com a conseqüente atribuição da maternidade à gestante, obliterando os vínculos familiares até então construídos entre aquela criança e os autores do projeto parental¹⁰³.

Além disso, se a nulidade comporta a restituição de tudo o que tiver sido prestado, a gestante teria de ser havida como mãe daquela criança, enquanto aos autores do projeto parental seria devolvido o valor despendido para suportar as despesas inerentes à gestação e ao parto.

É também problemático o facto desta nulidade poder ser invocada a todo o tempo e por qualquer interessado¹⁰⁴. No limite, poderia alguém vir invocar a nulidade anos após o cumprimento do contrato, tendo a criança estabelecido vínculos afetivos com aqueles que considera os seus verdadeiros pais.

É notória a desadequação do regime da nulidade, em virtude das conseqüências radicais que comporta e do grau de incerteza quando ao destino da criança que vier a nascer, que não é de todo compaginável com o seu superior interesse. Sem prejuízo de não ser “aceitável que alguém possa obter, através de um “contrato” de gestação de substituição em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais”¹⁰⁵.

Com a atribuição da filiação aos autores do projeto parental, permite-se que o seu objetivo seja alcançado com recurso a um contrato nulo. Mas se o negócio produzirá os mesmos efeitos que um negócio válido, isso não fará com que os intervenientes do

¹⁰³V. art. 289º do CC.

¹⁰⁴V. art. 286º do CC.

¹⁰⁵Xavier, 2019, pp.359-360. Em conformidade, Pareceres 92/CNECV/2016, p.10 e 104/CNECV/2019, p.8.

contrato ignorem a necessidade de cumprir os requisitos imperativamente estabelecidos por lei, dado que tal incumprimento não acarreta quaisquer consequências?

Saliente-se, em todo o caso, que os requisitos de validade do contrato são de variadíssima ordem. Como se constata, a lei vigente não diferencia o grau de importância dos requisitos, nem estabelece uma hierarquização. Não se justifica que requisitos de menor importância conduzam a consequências tão radicais como as que resultam da aplicação do regime da nulidade.

No essencial, o TC considera que

*A possibilidade de a todo o tempo questionar com fundamento na simples inobservância (por oposição a uma inobservância qualificada) de um qualquer pressuposto (e não apenas de pressupostos fundamentais como, por exemplo, o de não ser a gestante dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante) a validade do contrato de gestação permite que se crie um grau de incerteza e indefinição quanto à filiação já estabelecida, o que não se compadece com a segurança jurídica exigível em matéria de estatuto de pessoas*¹⁰⁶.

Daqui depreendemos que não se poderá aplicar este regime a todo e qualquer requisito legalmente estabelecido que não se encontre preenchido, pelo que se deve atender às circunstâncias do caso em concreto¹⁰⁷.

Da *iure constituendo*, poder-se-á propor uma regulamentação específica nesta matéria, distinguindo-se o tipo de violação em causa¹⁰⁸.

Ao nível das consequências penais, Rute Teixeira Pedro alerta para a situação em que “aqueles que serão qualificados, juridicamente, como pais responderão criminalmente pelo ato praticado e que lhes possibilitou converterem-se em pais”¹⁰⁹. A criança integra-se naquela família em virtude de uma ocorrência criminosa, cuja história pessoal terá como marco esse tal evento, o que não é compatível com o seu superior interesse.

¹⁰⁶Ac. do TC n.º 225/2018, p.1928.

¹⁰⁷*Ibidem*.

¹⁰⁸Poder-se-ia ponderar a aplicação do regime da redução dos negócios jurídicos (art. 292º do CC). A este respeito, v. Pinto, 2012, pp.632-639; Hoerster, 2013, pp.597-599.

¹⁰⁹Pedro, 2017, p.165.

Mencionando que a terminologia adotada pelo legislador não é isenta de ambiguidade, Margarida Silva Pereira alerta para o facto de a gestante, no entendimento do legislador português, ser considerada uma *mãe virtual*¹¹⁰. Na sua linha argumentativa refere que “*gestante*, segundo a lei portuguesa, é a mulher a quem se imputa um comportamento de maternidade de substituição lícito. O que tem como contrapartida que a autora de contrato ilícito e criminoso será *mãe*”¹¹¹. Deste modo, “o conceito de gestante tem uma conotação de licitude, ao passo que o conceito de maternidade possui uma desinência criminal”¹¹².

¹¹⁰Pereira, 2017, p.13.

¹¹¹*Idem*, p.14.

¹¹²*Ibidem*.

III. O “direito ao arrependimento” da gestante de substituição: a rutura do seu compromisso com o projeto parental em qualquer uma das suas diferentes fases

1. A gestante de substituição como beneficiária de técnica de PMA e o consentimento informado

Comum a todos os procedimentos de PMA, e também à gestação de substituição, é o consentimento informado enquanto condição prévia e fundamental do acesso às técnicas de PMA.

O art. 14º, n.º1 declara que “os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”.

Resulta do n.º2 que devem ser “previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas”. Dita o n.º3 que tais informações “devem constar de documento, a ser aprovado pelo CNPMA, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento”¹¹³.

A lei consagra o direito à informação pré-contratual, enunciando um conjunto de informações que deverão ser prestadas aos “beneficiários” para que estes possam formar a sua convicção antes de consentirem na aplicação de uma técnica de PMA. Desse modo, garantir-se-á o seu cabal esclarecimento, bem como que estarão aptos a expressar a sua vontade de forma livre e consciente.

Facilmente se depreende do disposto, que ao consentimento da gestante a quem vai ser ministrada uma técnica de PMA é aplicável, *mutatis mutandis*, a regra geral do art. 14º. Ora, sendo a gestante a mulher que vai ser submetida a esta técnica, com vista à transferência do embrião gerado para o seu útero, a mesma preenche o conceito de beneficiária para efeito da LPMA, apesar de não o ser no âmbito do contrato de gestação de substituição. Assim, deve consentir para que a técnica lhe possa ser aplicada

¹¹³Alertando para a insuficiência dos formulários aprovados pelo CNPMA, Gonçalves, 2011, p.130; Guimarães, 2017, p.117.

e, conseqüentemente, para que o embrião seja transferido para o seu útero, nos termos do art. 14º.

Quanto à gestação de substituição, à validade e eficácia do consentimento das partes é aplicável, com as devidas adaptações, o art. 14º, por força da remissão expressa do n.º8 do art. 8º. Procurando realçar que além dos autores do projeto parental a gestante também tem direito à informação pré-contratual, o legislador acrescentou no n.º5 do art. 14º que “o disposto nos números anteriores é aplicável à gestante (...) nas situações previstas no art. 8º”.

Porém, tal como entende Raquel Guimarães, não terá sido pretensão do legislador que “esta menção expressa (e exclusiva) à gestante (...) afaste a necessidade de prestar a informação referida sobre benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA e, sobretudo, informação sobre “*as suas implicações éticas, sociais e jurídicas*” também aos beneficiários da maternidade sub-rogada”¹¹⁴.

Justamente pela complexidade lhe é inerente, prevê o n.º6 do art. 14º que os intervenientes no contrato devem ser “informados, por escrito, do significado e da influência da gestante (...) no desenvolvimento embrionário e fetal”¹¹⁵.

Enfatiza-se, porém, que o consentimento a que se refere a norma do art. 14º remete apenas para a exigência de que seja prestada toda a informação relevante à gestante quando esta consente na aplicação de uma técnica de PMA. Adotando a terminologia de Orlando de Carvalho, no âmbito do consentimento para limitações aos direitos de personalidade, dir-se-á que tal consentimento tem a natureza de *autorizante*¹¹⁶.

No entanto, no momento da celebração do contrato, a gestante presta o seu consentimento para distintas obrigações, devendo ainda prestá-lo relativamente às obrigações que assume de suportar a gravidez e o parto por conta dos autores do projeto parental e de estabelecer a filiação em proveito destes.

Deste modo, “o consentimento que se exige aos intervenientes corresponde à declaração de vontade que integra o contrato de gestação de substituição, através do qual se limita o direito à integridade física e o direito à liberdade, atribuindo aos

¹¹⁴Guimarães, 2017, p.116.

¹¹⁵V. art. 12º, al. c) *ex vi* art. 8º, n.º9.

¹¹⁶Carvalho, 2012, p.205.

beneficiários um direito subjetivo de exigir o comportamento correspondente”¹¹⁷. Neste caso, o consentimento da gestante já assumirá um caráter vinculante.

Na medida em que estamos diante de um procedimento que contende com bens jurídicos da personalidade, protegidos pelo art. 70º, n.º1 do CC, a revogação do consentimento num momento ulterior à transferência do embrião poderá ter por base o art. 81º, n.º2 do CC, segundo o qual, a limitação voluntária, quando legal, ao exercício dos direitos de personalidade é sempre revogável.

Subscrevemos as afirmações de Rita Lobo Xavier quando afirma que “subjacente à declaração de inconstitucionalidade [no Ac. do TC n.º 225/2018], contudo, não parece estar apenas, nem sobretudo, a possibilidade de revogação do consentimento para a realização da técnica de PMA”, considerando que verdadeiramente o desígnio do TC é declarar, equivocadamente, que as normas são inconstitucionais “quando interpretadas no sentido de que excluem o exercício de um direito potestativo e discricionário que deve ser concedido à gestante de fazer cessar livremente o “contrato de gestação” e que deverá poder ser exercido em distintos momentos com diferentes finalidades”¹¹⁸.

Saliente-se que, quando se alude à possibilidade de revogação do consentimento por parte da gestante nesta norma, estará simplesmente em causa a possibilidade de a mesma revogar o seu consentimento até ao momento da transferência uterina, o que será conforme à CRP.

2. O “direito ao arrependimento” da gestante como possibilidade de recusa imotivada da mulher “ainda não gestante” em prosseguir o processo terapêutico

O n.º4 do art. 14º prevê que “o consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA”.

Da interpretação literal da norma decorre que as partes podem revogar o seu consentimento até ao primeiro ato médico praticado no âmbito da PMA, ou seja, até ao

¹¹⁷Guimarães, 2017, p.118.

¹¹⁸Xavier, 2019, p.356.

momento em que se inicia a toma da medicação para estimular a ovulação, da recolha do espermatozoide ou da implantação do embrião¹¹⁹.

Não nos parece, porém, que tenha sido essa a intenção do legislador, uma vez que o entendimento dominante reporta “a linha de fronteira para a retirada do consentimento ao momento da transferência uterina”¹²⁰. Nesta senda, a formulação textual do preceito deveria ser revista.

À semelhança dos “beneficiários” para efeitos da LPMA, decorre claramente da lei, por força do n.º5 do art. 14º e do n.º8 do art. 8º, que também a gestante pode revogar o seu consentimento para ser submetida a uma técnica de PMA até ao momento da transferência uterina¹²¹.

Aliás, não poderia ser de outra forma, porquanto não vislumbramos qualquer base legal, nem possibilidade prática, de poder obrigar uma mulher a transferir um embrião para o seu útero. Forçoso se torna concluir que não haverá a possibilidade de execução específica do contrato, pois a gestante nunca poderá ser submetida a uma gravidez contra a sua vontade. Caso contrário, haveria uma clara violação do seu direito à integridade e liberdade físico-psíquica, da sua autodeterminação pessoal e da livre disposição sobre o seu próprio corpo.

Note-se, em todo o caso, que a gestante incumprir uma das obrigações essenciais a que previamente se vinculou - a de se submeter a uma técnica de PMA -, pelo que estamos perante um incumprimento contratual. Poderá vir a ter que reembolsar os autores do projeto parental das despesas por estes suportadas, como os custos associados aos procedimentos terapêuticos¹²².

3. O “arrependimento” ulterior à transferência do embrião

3.1. A (in)admissibilidade do abortamento provocado no decurso da gravidez

¹¹⁹Raposo, 2017a, p.18.

¹²⁰*Ibidem*.

¹²¹*Ibidem*.

¹²²Raposo, 2017a, p.22.

De acordo com o n.º10 do art. 8º “devem constar obrigatoriamente [do contrato], 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”.

Parece decorrer desta norma que todos os intervenientes no contrato têm verdadeiramente um poder de decisão quanto a tais matérias. Reconhecemos que, se assim fosse, ficaria ao abrigo da autonomia privada a possibilidade de fazer constar do clausulado contratual a imposição de um abortamento provocado à gestante, desde que verificada uma circunstância legalmente admissível para a IVG.

Contudo, parece-nos que o objetivo do legislador terá sido outro que não o de atribuir um efetivo poder de decisão aos autores do projeto parental. Não seria concebível permitir que as partes, no pleno exercício da autonomia privada, determinassem o que ocorrerá no caso de IVG; nem tão-pouco que os autores do projeto parental se pudessem imiscuir neste processo de decisão.

Concomitantemente, estipula o n.º11, *in fine*, que o contrato não pode impor à gestante “normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”. A lei parece encerrar, em si mesma, uma clara contradição com o postulado no n.º10, uma vez que “qualquer cláusula que condicione de alguma forma a decisão da gestante (...) quanto a um eventual aborto, quer forçando-o quer impondo-o, atentará contra a proibição contida no n.º11”¹²³.

Pode claramente ser afirmado que a decisão caberá, sempre, única e exclusivamente, à gestante.

Vera Lúcia Raposo parece encontrar alguma virtualidade nesta previsão legal, admitindo ser possível “definir as expectativas das partes quanto ao que pode suceder no futuro, delimitar os respetivos poderes de decisão e, desta forma, prevenir alguns conflitos”, bem como “em caso de litígio em tribunal auxiliar o juiz a determinar os danos indemnizáveis”¹²⁴.

3.1.1. O abortamento involuntário

¹²³Raposo, 2017a, p.32.

¹²⁴*Idem*, p.33.

Pode suceder que a gestante tenha que abortar por razões totalmente alheias à sua vontade. Na ausência de um elemento volitivo, consideramos não estar perante um incumprimento contratual e, conseqüentemente, não poderão desse facto resultar quaisquer conseqüências jurídicas para a prestadora do serviço¹²⁵.

Com efeito, tal desfecho pode ocorrer em qualquer momento, a qualquer mulher, numa qualquer gravidez.

Situação diversa será aquela em que seja comprovado que a gestante, mediante um comportamento negligente e ainda que involuntário, contribuiu para aquele resultado. Embora o aborto negligente não seja punível à luz do ordenamento jurídico português, é certo, porém, que se a prestadora do serviço adotar comportamentos que coloquem em risco o nascituro, tal conduta poderá ser suscetível de configurar um incumprimento contratual¹²⁶.

Se resulta do contrato que uma das obrigações essenciais da gestante é renunciar antecipadamente ao estabelecimento da maternidade, para que a criança seja havida como filha dos autores do projeto parental, se a mesma não conseguir levar a gravidez a bom termo por força dos comportamentos adotados, incumpe uma das obrigações essenciais à qual anteriormente se vinculou.

Desta forma, restará aos autores do projeto parental propor uma ação de responsabilidade civil contra a prestadora do serviço pelo incumprimento contratual, fundada no abortamento que resultou dos seus comportamentos.

Cumpra realçar que se a 1ª parte do n.º11 do art. 8º veda expressamente a imposição de restrições de comportamentos à gestante, a ação nunca poderá ser proposta tendo por base a sua conduta.

Na verdade, denota-se alguma incongruência na lei. É-nos difícil conceber que os autores do projeto parental aceitem desinteressar-se pelos comportamentos adotados pela mulher que gera uma criança com material genético seu. Aliás, “o estabelecimento de *regras de condução de vida* à gestante (...) é inerente à figura da gestação de substituição, por aquilo que ela é¹²⁷”.

¹²⁵Raposo, 2017b, p.176.

¹²⁶*Idem*. O mesmo se dirá nos casos em que a gestante contribuiu para que a criança nascesse com doenças ou malformações, podendo vir a ser responsabilizada pelo cumprimento defeituoso do contrato.

¹²⁷Chaby, 2019, p.81.

A proteção conferida pelo legislador ordinário procura evitar a imposição de comportamentos desmesuráveis, arbitrários e injustificados por parte dos autores do projeto parental. Contudo, não podemos ignorar que a adoção de certas regras de conduta é essencial para o bem-estar do nascituro e que os autores do projeto parental são parte interessada na forma como a gestante rege a sua vida.

Mais razoável seria a expressão restrições injustificadas ou excessivas, “termos que embora deixem certamente uma sombra de dúvida quanto à sua exata interpretação (...), teriam ao menos o mérito de esclarecer que algumas limitações ao comportamento da gestante serão admitidas”¹²⁸.

Note-se que “tais limitações não serão aceitáveis quando ultrapassem o núcleo duro dos direitos da gestante, se intrometam abusivamente na sua vida privada e lhe imponham restrições infundadas”¹²⁹. Mas, como frisa Estrela Chaby, “não será surpreendente, atenta a natureza da gestação de substituição, que as intromissões *absolutamente necessárias para o bem-estar do nascituro* ultrapassem o núcleo duro dos direitos da gestante”¹³⁰.

Ao vedar-se expressamente a inclusão de qualquer cláusula limitativa de comportamentos da gestante no contrato, esta poderá adotar comportamentos negligentes que coloquem em risco a vida do nascituro. Assim, os autores do projeto parental não terão legitimidade para reagir judicialmente de forma a prevenir a ocorrência de qualquer dano.

Reitere-se, portanto, que à luz da LPMA esta indemnização poderá ser devida pelo facto de a gestante não cumprir a obrigação essencial a que previamente se vinculou, como decorrência da conduta adotada que levou ao abortamento, e não pelos comportamentos em si mesmo considerados, comportamentos esses insuscetíveis de ser restringidos¹³¹.

3.1.2. O abortamento voluntário

¹²⁸Raposo, 2017a, p.36.

¹²⁹*Idem*, 2017b, p. 173.

¹³⁰Chaby, 2019, p.79.

¹³¹Neste sentido, Raposo, 2017b, p.176.

Esclareça-se, desde logo, que no ordenamento jurídico português a IVG é permitida à mulher grávida, apenas nos casos expressamente consignados na lei. Como adverte, e bem, Vera Lúcia Raposo, “caso a decisão da gestante não se funde numa das causas de justificação da ilicitude tipificadas no n.º1 do art. 142º do CP será obviamente uma conduta criminosa, com as necessárias consequências a nível criminal, mas também a nível de direito civil, por incumprimento contratual”¹³².

Figueiredo Dias e Nuno Brandão esclarecem que “a exclusão da ilicitude decorre aqui, nas palavras da lei, de uma “opção da mulher”, o que significa que apenas a mulher grávida tem o poder de decisão quanto à IVG, *in casu*, a gestante”¹³³.

Facilmente se refuta o argumento de que como os autores do projeto parental contribuem com o seu material genético (ou pelo menos um deles), o poder de decisão deveria ser-lhes atribuído, salvo nos casos em que a gestação comportasse riscos para a saúde ou para o corpo da gestante¹³⁴. A lei não concede à grávida esta possibilidade com fundamento na relação genética existente entre ela e o feto, senão vejamos, “a valorização da relação genética com o feto levaria à intervenção do pai na decisão de interrupção da gravidez, o que não acontece no nosso sistema”¹³⁵.

Esta solução é inteiramente justificada face à necessidade de preservação do bem jurídico em causa: a integridade e liberdade físico-psíquica da grávida, a sua autodeterminação pessoal e a livre disposição sobre o seu próprio corpo. Posto isto, qualquer cláusula que estipulasse uma renúncia antecipada à IGV ou especificasse as hipóteses concretas em que a gestante teria ou não que abortar, seria contrária aos princípios da ordem pública e cominada com nulidade, por violadora do art. 81º, n.º1 do CC.

Do ponto de vista do Direito Civil, se a gestante quiser recorrer à IVG, ainda que seja lícito à luz do Direito Penal e não lhe possa ser imposta coercivamente a execução do contrato, poderá vir a ser proposta uma ação de responsabilidade civil pelo autores do projeto parental por via do incumprimento contratual¹³⁶.

¹³²*Idem*, p.178.

¹³³Figueiredo & Brandão, 2012, p.290.

¹³⁴Raposo, 2017b, p.177.

¹³⁵Guimarães, 2017, p.119.

¹³⁶Raposo, 2017b, p.178.

Ressalvam-se os casos em que a gestação comporte um risco para a saúde ou vida da gestante (art. 142º, n.º1, als. a) e b) do CP). Não obstante a gestante assumir o compromisso de dar à luz aquela criança, ela não tem que ficar irremediavelmente vinculada a algo que interfira tão atrozmente com o seu próprio bem-estar. Como esta situação não é suscetível de configurar um incumprimento contratual, Vera Lúcia Raposo sugere que o casal contraente procure uma segunda opinião médica, de forma a certificar-se de que há efetivamente um risco para a mesma¹³⁷.

Se entendemos que os autores do projeto parental não podem impedir a gestante de pôr termo à gravidez, pela mesma ordem de razões consideramos que tão-pouco lhe podem impor coercivamente um aborto. Mesmo que apresentem razões atendíveis, caberá sempre à contraparte a tomada de decisão.

Não quer isto dizer que o facto de a gestante optar por levar aquela gravidez avante importe o estabelecimento da maternidade a seu favor, porquanto no final a criança que vier a nascer será sempre havida como filha dos “beneficiários”, tal como contemplado pela lei.

Quanto às consequências jurídicas que daqui possam advir, Vera Lúcia Raposo opina no sentido de, contrariamente à hipótese em que a gestante recorre à IVG contra a vontade dos autores do projeto parental, caso em que se se verificarem os restantes pressupostos da responsabilidade civil serão devidos danos patrimoniais e não patrimoniais, no caso de ela continuar a gravidez contra a decisão daqueles apenas os danos patrimoniais poderão ser devidos¹³⁸. A autora recusa que o nascimento de uma criança possa gerar danos morais ressarcitórios e “possa causar a alguém “dores e desgostos” a que o direito deva atender”¹³⁹.

4. O “direito ao arrependimento” da gestante como possibilidade de a mulher depois de ter dado à luz a criança, pretender conservá-la para si, considerando-a como filho/a

¹³⁷*Ibidem.*

¹³⁸*Idem*, 2017a, p.34.

¹³⁹*Ibidem.*

A questão do «direito ao arrependimento da gestante de substituição» coloca-se sobretudo quando se encara a hipótese de esta, depois de dar à luz a criança, pretender conservá-la para si e a considerar como filho/filha.

De facto, a questão é deveras controversa, pelo que vem sendo objeto de um acérrimo debate em contexto de decisão de política legislativa e levou, inclusive, o TC a pronunciar-se sobre o tema. Desde logo, porque não se divisa em que medida se possa alcançar uma solução harmonizadora que acautele todos os interesses em conflito.

A questão convoca necessariamente uma reflexão sobre quais os interesses que devem prevalecer, sendo certo que a proteção de uma das partes conduzirá, impreterivelmente, a que a outra fique desprovida de tutela. Na verdade, não é possível ignorar o superior interesse da criança que vier a nascer.

No ordenamento jurídico português, como se viu, não é permitida a simultaneidade da contribuição genética e gestacional, pelo que o fundamento do direito ao arrependimento da gestante não poderá fundar-se na eventual ligação genética existente entre esta e a criança. O direito ao arrependimento terá por base a garantia da sua liberdade de decisão, que não pode estar irremediavelmente vinculada a um contrato¹⁴⁰.

4.1. O TC e a consagração legal do direito à desvinculação imotivada da gestante de substituição

Perspetivando o problema no âmbito temático da gestação de substituição, a argumentação constitucional central explanada no Ac. do TC n.º 225/2018, dividiu-se em duas fases. Num primeiro momento, foi analisada a admissibilidade constitucional de princípio do *modelo português da gestação de substituição*, desconsiderando-se certos aspetos concretos do próprio regime jurídico, para, num segundo momento, ser apreciada a conformidade constitucional desses mesmos aspetos consagrados na lei.

O entendimento plasmado no Ac. sustentou-se no facto de a limitação à revogação do consentimento da gestante configurar uma restrição excessiva, pelo sacrifício

¹⁴⁰*Idem*, p.16.

desproporcional imposto ao seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família¹⁴¹. Ou seja, considerou que não estava em conformidade com a CRP a solução legal que atribui *ipso facto* o vínculo de filiação aos autores do projeto parental, sem conceber o direito à desvinculação imotivada da gestante após o parto.

A decisão alicerçou-se na fundamentação de que, pelas particularidades da gravidez, “não se pode ter como certo que a vontade inicialmente manifestada pela gestante seja totalmente esclarecida e insuscetível de sofrer modificações em virtude de desenvolvimentos não previstos ocorridos durante o processo gestacional”¹⁴².

Notam os Juízes do TC que

*As obrigações contratualmente assumidas e consentidas a priori, podem, a partir de um dado momento, deixar de corresponder à vontade da gestante, de modo tal que o respetivo cumprimento deixe de traduzir uma afirmação da sua liberdade de ação e autodeterminação. O consentimento inicial deixa, assim, de ser atual, por razões atendíveis*¹⁴³.

Afirmavam, por isso, que o consentimento prestado no momento da celebração do contrato até à transferência do embrião não era suficiente, carecendo de ser ratificado após o nascimento da criança. Só assim, garantido a liberdade de decisão da gestante durante todo o processo, é que se tornaria legítima a atribuição do vínculo de filiação aos autores do projeto parental.

O discurso argumentativo em prol da consagração do “direito ao arrependimento” da gestante prende-se com o facto de estarmos no campo dos direitos de personalidade, pelo que resulta imperativamente da lei ordinária que a gestante pode revogar o consentimento previamente dado a qualquer momento da execução do contrato¹⁴⁴.

Prevê o n.º2 do art. 81º do CC que “a limitação voluntária [ao exercício dos direitos de personalidade], quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

¹⁴¹Ac. do TC n.º 225/2018, pp.1945-1946.

¹⁴²*Idem*, p.1925.

¹⁴³*Ibidem*.

¹⁴⁴Oliveira, 1992, p.65.

Se o legislador ordinário pretendeu enquadrar este regime no domínio contratual, e dado que o art. 14º está circunscrito à revogação do consentimento para a aplicação da técnica de PMA, poderíamos considerar admissível a possibilidade de revogação do consentimento após o nascimento da criança atendendo às regras gerais do CC¹⁴⁵. Porém, o TC destaca que “a revogação em causa também tem de ser livre, no sentido de excluir, pelo menos, qualquer indemnização”, de forma a assegurar a liberdade do consentimento prestado¹⁴⁶.

4.2. A incompreensível dissociação entre o modelo de gestação de substituição e o regime que o concretiza

Não obstante os requerentes terem considerado que o modelo português de gestação de substituição, *per se*, estava em desconformidade com a CRP, consubstanciando-se uma “verdadeira mercantilização do ser humano” e contrariando “frontalmente a tutela jurídico-constitucional consagrada do valor da dignidade da pessoa humana”, o TC entendeu que “não estará em causa o modelo, em si mesmo considerado, mas tão-somente certas soluções adotadas na sua concretização legislativa”¹⁴⁷¹⁴⁸.

Na perspetiva do TC não existiria qualquer fundamento de ordem constitucional para considerar merecedora de censura a consagração legal da gestação de substituição, quer do ponto de vista da dignidade da gestante, quer da criança que viesse a nascer, ressalvando, conquanto, que determinados aspetos do regime jurídico colidem com a lei Fundamental.

Face ao exposto, não é isenta de dúvidas a posição que fez vencimento, uma vez que “a separação entre o modelo e o regime que o concretiza é contestável, pois, ao fim ao cabo, é a partir de um determinado regime que se pode construir o modelo que lhe corresponde”¹⁴⁹.

¹⁴⁵Neste sentido, Xavier, 2019, p.357.

¹⁴⁶Idem, p.1923.

¹⁴⁷Ac. do TC n.º 225/2018, pp.1890-1891.

¹⁴⁸Idem, p.1919.

¹⁴⁹Ribeiro, 2018, p.27.

Benedita Mac Crorie expõe que,

As condições em que esta prática está regulada podem ser também determinantes na avaliação da conformidade do diploma com a Constituição, uma vez que nem todas as formas de configurar o regime serão necessariamente consentâneas com os direitos fundamentais e, em última análise, com o princípio da dignidade¹⁵⁰.

Assim, Estrela Chaby questiona “se não terá antes o juízo de conformidade constitucional que ter por objeto, mesmo num primeiro momento, a específica figura tal como concreta e globalmente foi consagrada pela lei”¹⁵¹.

Creemos que certos aspetos do regime jurídico da gestação de substituição não se podem fragmentar do próprio instituto globalmente considerado sem o deturpar por completo. Diríamos, aliás, que a determinação de um critério de atribuição do vínculo de filiação aos autores do projeto parental *a priori* é algo inarredavelmente inerente ao próprio modelo, pela natureza e pela finalidade que lhe é subjacente.

Se subscrevemos que se configura como “um aspeto do regime decisivo para a sua identificação e caracterização”, é também nossa convicção que constitui, desde logo, o cerne do regime jurídico da gestação de substituição¹⁵².

Perfilhamos do entendimento de Estrela Chaby, quando refere que se “afirma a inconstitucionalidade de uma decorrência necessária (...) da gestação de substituição, e sem a qual ela deixa de ser”, visto que a própria consagração legal deste modelo apresenta como finalidade substancial a atribuição do vínculo de filiação tal como preceituado no art. 8º, n.º7¹⁵³. A consagração de um direito ao arrependimento da gestante, e consequente atribuição da maternidade, elimina um aspeto nuclear deste instituto, esvaziando-o e descaracterizando-o.

Rita Lobo Xavier refere que causa alguma estranheza que o TC, num primeiro momento, considere o modelo conforme à CRP e, logo de seguida, venha “retirar uma peça tão fundamental a tal “modelo” que torna incerto o desfecho de toda a situação até

¹⁵⁰Crorie, 2017, p.61.

¹⁵¹Chaby, 2019, p.63.

¹⁵²Ribeiro, 2018, p.27.

¹⁵³Chaby, 2019, p.73.

ao momento da entrega da criança, podendo, nesta altura, frustrar-se completamente o seu desígnio originário”¹⁵⁴.

Mais, indagamo-nos se a exigência da expurgação deste vício de inconstitucionalidade do regime em concreto para que se possa revelar a sua conformidade com a CRP, quando o mesmo se revela um aspeto tão essencial ao próprio modelo, não será um indício da inconstitucionalidade do modelo em si mesmo considerado, por revelador da contrariedade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Comungamos da opinião de Rita Lobo Xavier, que remata assim o seu pensamento:

“A apreciação da (in)constitucionalidade das disposições legais relativas à gestação de substituição não terá revelado, afinal, que o contrato pelo qual uma mulher se vincula irrevogavelmente a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança depois de nascida não é conforme à Constituição Portuguesa?”¹⁵⁵.

Estrela Chaby considera que a revogabilidade do consentimento da gestante ocupa “um lugar central na configuração efetiva da realidade da gestação de substituição”, o que significa que “a gestação de substituição só possa ser, sendo violadora da dignidade da gestante. E sendo violadora da dignidade da gestante, ela não pode ser”¹⁵⁶.

4.3. A gestação de substituição e a consideração dos direitos em colisão

Ainda nesta esteira, se percebemos a afirmação do TC ao considerar ser manifesta a “*assimetria* existente entre o que é consentido pelos beneficiários e pela gestante e a *autonomia funcional* do consentimento de cada uma das partes no contrato”, não

¹⁵⁴Xavier, 2019, p.357 e Parecer 104/CNECV/2019. Em conformidade, Ribeiro, 2018, p.27.

¹⁵⁵*Idem*, p.361.

¹⁵⁶Chaby, 2019, p.82.

podemos concordar que o consentimento dos autores do projeto parental “não está necessariamente conexionado com o exercício de direitos fundamentais seus”¹⁵⁷.

Relativamente a estes, não é despidendo recordar que tal como em relação à gestante, também estarão em causa direitos fundamentais, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito a constituir família¹⁵⁸¹⁵⁹.

Certo é que no caso da maternidade ser estabelecida em proveito da gestante, levando a cabo um projeto procriativo próprio, mais do que a frustração de expectativas, os autores do projeto parental “passam retrospectivamente a meros *participantes forçados* na criação de um vínculo de filiação assumido por outros”, concretizado contra a sua vontade e com o seu contributo genético¹⁶⁰.

Não descurando a posição da gestante, Joaquim de Sousa Ribeiro refere, e a nosso ver bem, que “não menos saliente e decisivo é o contributo genético prestado no quadro da satisfação de um interesse a que unicamente se deve a ativação do instituto, a ele finalizado, da gestação de substituição”¹⁶¹. Não é legítimo que aqueles que face à amarga constatação que não conseguem procriar por método natural e dão origem a este processo, vejam as suas expectativas malogradas, traduzindo resultados mais gravosos do que aqueles que já comporta a infertilidade.

Já a gestante está ciente, *ab initio*, de que aquele projeto parental será protagonizado pela contraparte, agindo como mera prestadora de um serviço, munida de um espírito puramente altruístico e solidário para a concretização de um projeto parental alheio.

Não pretendemos negar estar em causa uma restrição desmesurada ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante. Não obstante, os autores do projeto parental vêm este direito fundamental ser-lhes igualmente restringido. Assim, estamos “perante uma autêntica colisão de posições subjetivas no espaço normativo de um

¹⁵⁷Ac. do TC n.º 225/2018, p.1921.

¹⁵⁸Acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, v. Canotilho & Moreira, 2007, p.463.

¹⁵⁹V. art. 36º da CRP. Sobre o direito a constituir família, v. Canotilho & Moreira, 2007, p.567; Duarte, 2003, pp.34-38.

¹⁶⁰Ribeiro, 2018, p.32.

¹⁶¹*Idem*, p.33.

mesmo direito fundamental, (...) que (..) se inscreve, em ambos os lados, na zona mais nuclear da personalidade e das opções de vida dos intervenientes”¹⁶².

Perante a colisão de direitos, e de forma a auxiliar à decisão, poderão ser convocados outros direitos de personalidade, como o direito a constituir família. Direito esse que fica vedado apenas aos autores do projeto parental, que celebram este contrato dada a incapacidade uterina do membro feminino do casal.

Com efeito, a prestadora do serviço disponibiliza-se para concretizar um projeto parental que lhe é alheio, o que manifesta a sua idoneidade para levar uma gravidez a bom termo. Logo, nunca verá o seu direito a constituir família interdito, visto que estaria sempre apta, com recurso aos meios naturais, a gerar uma criança¹⁶³.

Poderá perguntar-se se deverá aceitar-se que a mulher que livremente e de forma altruística se oferece para prestar um serviço, procure realizar o seu direito a constituir família à custa da frustração de um projeto parental que lhe é alheio.

Posto isto, fica patente a enorme dificuldade em compatibilizar os interesses em conflito, sendo muito difícil que os autores do projeto parental se conformem com o facto de o contrato de gestação poder implicar que a criança que venha a nascer, e com quem partilham laços genéticos, possa vir a ser filho/a da gestante.

O TC ao exigir a consagração do “direito ao arrependimento” da gestante, salvo melhor opinião, não foca um ponto fulcral nesta problemática. Este modelo apresenta dois pressupostos essenciais. Por um lado, a gestante nunca poderá contribuir com material genético, pelo que não haverá qualquer vínculo biológico com a criança que vier a nascer. Por outro lado, pelo menos um dos autores do projeto parental tem que fornecer os seus gâmetas para a gestação, havendo assim uma ligação biológica entre este e aquela criança.

Parece decorrer do próprio modelo que, uma vez nascida a criança, ela terá que ser havida como filha dos autores do projeto parental, independentemente da vontade da prestadora do serviço. É um facto que esta circunstância possa ser contrária à CRP, no entanto, afigura-se como decorrência necessária do próprio regime. Se isto implica afirmar a desconformidade constitucional, implica também negar a consagração do próprio modelo.

¹⁶²Ribeiro, 2018, p.33.

¹⁶³*Idem*, p.35.

Aliás, esta possibilidade “não fará só que a gestação de substituição se torne desinteressante para os beneficiários; fará talvez antes que, para os beneficiários ela não seja suportável”¹⁶⁴. Aqueles que anseiam profundamente ter um filho, recorrendo a um terceiro por ser a única forma de realizar esse desejo, dificilmente irão optar por um processo que, no final de contas, poderá vir a ter o desfecho completamente inverso.

Surge como necessária a promoção de um intenso debate legislativo sobre a solução que deve ser preconizada neste domínio. A aprovação de uma nova lei que procure colmatar os problemas suscitados pelo TC em determinadas opções legislativas, conduzirá à expurgação de certos aspetos característicos do próprio instituto, o que leva a já não podermos apelidá-lo como *modelo português de gestação de substituição*, mas um modelo alternativo com características que o enviesam.

4.4. O exercício do “direito ao arrependimento” por parte da gestante e o estabelecimento da paternidade relativamente ao seu/sua filho/a

No segmento final da decisão, o TC decidiu que perante um conflito de projetos parentais, e de modo a salvaguardar o superior interesse da criança, a decisão deveria ser tomada “no quadro de uma avaliação casuística”, o que causa algum défice de incerteza na definição da situação jurídica da criança¹⁶⁵. É controverso que num domínio como este, norteado pelo superior interesse da criança, se venha abrir a porta a uma avaliação casuística, a ser realizada por um juiz¹⁶⁶.

Impõe recordar que o TC frisou que a conformidade da gestação de substituição só será possível se for consagrado um direito à desvinculação imotivada da gestante, num momento ulterior ao parto, sem que isso acarrete quaisquer consequências jurídicas para a mesma.

Posto isto, Rute Pedro questiona:

¹⁶⁴Chaby, 2019, pp.72-73.

¹⁶⁵Ac. do TC n.º 225/2018, p.1926.

¹⁶⁶Referindo que “constitui uma lesão maior do interesse de qualquer criança nascida através da gestação de substituição lícita do que o critério – objetivo e sempre razoável – do n.º 7 do art. 8º”, Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, na sua Declaração de Voto no Ac. do TC n.º 225/2018, p.1955.

*O estabelecimento da filiação a favor deles operar-se-á, uma vez nascida a criança, por lei com base no contrato de gestação sob condição de a gestante não revogar? Ou (...) aplicar-se-á sempre, num primeiro momento, a regra geral, nomeadamente a de que a filiação se estabelece nos termos do art. 1796.º, em relação à gestante (...), havendo depois um mecanismo específico de transferência da parentalidade em caso de entrega da criança aos beneficiários?*¹⁶⁷

Creemos ser inegável que se o legislador ordinário cumprir as exigências impostas pelo TC, o estabelecimento da filiação depende de uma decisão ulterior da gestante, ficando ao seu critério ser havida como mãe daquela criança, até que pretenda não o ser. O que nos leva a concluir que a mulher que dá à luz não será afinal, nos termos do contrato, a gestante de substituição, mas sim a mãe daquela criança sob condição resolutive de vir a decidir não o ser.

Isto implicaria que, perante o arrependimento da mulher que renunciou antecipadamente ao estabelecimento da maternidade, se revertesse tal decisão e se aplicassem as regras gerais do CC. Como tal, seria considerada mãe aquela que deu à luz a criança, *in casu*, a prestadora do serviço.

Todavia, o TC parece olvidar que os vínculos da filiação se devem estabelecer relativamente a ambos os progenitores, pelo que importa determinar qual o critério jurídico da paternidade para os casos em que tal arrependimento efetivamente se verificasse¹⁶⁸.

Há quem questione se, sendo a gestante casada, não se poderia equacionar a hipótese de estabelecer a paternidade em proveito do cônjuge, operando a presunção de paternidade em relação ao marido da mãe, prevista no art. 1796º, n.º 2 do CC¹⁶⁹. E, não sendo, apenas poderá ser estabelecida a maternidade, ficando o registo da paternidade omissa¹⁷⁰.

Não partilhamos de tal convicção, na medida em que face a esta circunstância a criança ficaria privada de pai.

¹⁶⁷Pedro, 2018, p.212. À semelhança do exemplo paradigmático do Reino Unido, em que vigora um modelo de transferência judicial da parentalidade. V. Fenton-Glynn, 2019, pp. 115-134.

¹⁶⁸Para uma breve síntese, Pedro, 2018, pp.217-218.

¹⁶⁹Declaração de Voto dos Conselheiros Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes da Costa e Cláudio Monteiro, Ac. do TC n.º 225/2018, p.1979.

¹⁷⁰*Ibidem*.

À partida, uma vez que o elemento masculino forneceu o seu material genético, o estabelecimento da paternidade deverá ser reconhecido ao progenitor biológico daquela criança¹⁷¹. Problemas maiores surgem quando este homem não tenha fornecido o seu material genético.

Da consagração do “direito ao arrependimento” da gestante resulta, por um lado, o estabelecimento da maternidade a favor da gestante e, por outro lado, o estabelecimento da paternidade em proveito do autor do projeto parental, o que se afigura muito perturbador da unidade do projeto parental.

Na verdade, o autor do projeto parental iniciou aquele projeto juntamente com a sua mulher, pelo que pode não querer partilhá-lo com a gestante. Mais problemático será se a autora do projeto parental tiver contribuído com o seu óvulo para a gestação.

Não oferece margem para dúvidas, em face das consequências que advém desta solução, que esta vá ao encontro do superior interesse da criança.

¹⁷¹Na hipótese de procriação heteróloga o dador não pode ser considerado pai (art. 10º, n.º2).

Conclusões

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, veio permitir e regular o acesso à gestação de substituição, tendo o legislador ordinário circunscrito a sua admissibilidade ao preenchimento cumulativo de um conjunto de pressupostos, que configuram aquilo a que o TC veio a considerar como os traços essenciais do *modelo português de gestação de substituição*.

A gestação de substituição é admitida por via da celebração de um negócio jurídico bilateral, necessariamente gratuito, revestindo carácter excecional.

Consideramos que está em causa uma prestação de serviço atípica, no caso, de um serviço reprodutivo, de natureza gestacional.

A lei deverá densificar os critérios a que os sujeitos devem obedecer para que possam ser partes no contrato de gestação, havendo neste momento aspetos cuja falta de regulação nos parece inadmissível.

Nos termos da LPMA, verificando-se o nascimento de uma criança com recurso à gestação de substituição, esta será havida como filha dos autores do projeto parental (art. 8.º, n.º7), afastando-se a regra geral do estabelecimento da filiação prevista no CC.

Os negócios jurídicos de gestação de substituição concretizados em contravenção a algum dos requisitos legais de validade do contrato, são cominados com nulidade, o que comporta o reconhecimento da maternidade da mulher que dá à luz (art. 8º, n.º12).

O chamado “direito ao arrependimento” da gestante designa a possibilidade de desvinculação imotivada por parte desta, isto é, a rutura do seu compromisso com o projeto parental em qualquer uma das suas diferentes fases.

Como beneficiária de um tratamento de PMA, a mulher que se vincula a levar uma gravidez por conta de outrem deverá prestar o respetivo consentimento para que a técnica lhe seja aplicada, podendo revogá-lo livremente até ao momento da transferência uterina, embora tal recusa configure incumprimento contratual.

No decurso da gravidez, caberá sempre, única e exclusivamente, à gestante, a decisão quanto à IVG, desde que lícita à luz do Direito Penal, sem prejuízo das

consequências jurídicas que daí possam advir, nos termos do regime aplicável ao incumprimento contratual.

Os problemas específicos do chamado «direito ao arrependimento da gestante de substituição» colocam-se sobretudo quando se encara a hipótese de esta, depois de ter dado à luz a criança, pretender conservá-la para si, considerando-a como filho/filha.

A defesa de qualquer um dos sujeitos da relação jurídica alicerça-se na prossecução de valores preponderantes, pelo que se torna complexo, senão impossível, encontrar um modelo que consiga conciliar todos os interesses em conflito.

A consideração do problema encerrar-se-á no ponto de partida, porquanto consideramos que o modelo, *per se*, poderá encontrar-se todo ele - e não apenas algumas disposições - maculado de desconformidade constitucional, por violador da dignidade da gestante.

A consagração de um regime de acordo com os ditames do TC significará que não será admitido um verdadeiro contrato de gestação de substituição, porque carecerá de uma característica essencial do mesmo.

Segundo o Ac. do TC n.º 425/2018, para que a gestação de substituição seja conforme à CRP, será necessária a consagração de um direito à desvinculação imotivada da gestante, num momento ulterior ao parto, sem que isso acarrete quaisquer consequências jurídicas para a mesma. O que nos leva a concluir que a mulher que dá à luz não será afinal, nos termos do contrato, a gestante de substituição, mas sim a mãe daquela criança sob condição resolutiva de vir a decidir não o ser.

O estabelecimento da paternidade da criança que vier a nascer por via da celebração de um semelhante contrato, no caso de a mulher exercer o seu “direito ao arrependimento” poderá implicar o estabelecimento da maternidade a favor da gestante e o estabelecimento da paternidade em proveito do autor do projeto parental, o que se afigura muito perturbador da unidade do projeto parental.

Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira - “A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Vol. III (2007).
<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>, consult. em 22/nov/2019.

BARROS, Alberto - “Ciência - Barrigas de Aluguer”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88 (2012), p.25.

CANOTILHO, J.J. GOMES/ Vital Moreira (2007) – *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, Artigos 1º a 107º, Vol. I, 4.ª Ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora.

CARVALHO, Orlando de (2012) - *Teria Geral do Direito Civil*, 3.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora.

CHABY, Estrela (2016) – “Direito a constituir família, filiação e adoção: Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. II, Coimbra, Almedina, pp.329-356.

_ 2019 - “A gestação de substituição, por si só”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. I, Coimbra, Almedina, pp.61-82.

COELHO, Francisco Pereira/ Guilherme de Oliveira (2006) - *Curso de Direito da Família*, Tomo I, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora.

COSTA, Marta; Catarina Saraiva Lima (2012) – “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade”, *Revista Lusíada Direito*, n.º10 (2012).
<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/196>, consult. em 08/jan/2020.

CRORIE, Benedita Mac (2017) - “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE/FDUP, pp.55-62.

DIAS, Jorge de Figueiredo /Nuno Brandão (2012) - *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, Artigos 131º a 201º, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora.

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

EMMERSON, Glenda - “Surrogacy: Born For Another”, *Research Bulletin No 8/96*, Queensland Parliamentary Library (1996).
<https://www.parliament.qld.gov.au/documents/explore/ResearchPublications/researchBulletin/rb0896ge.pdf>, consult. em 28/nov/2019.

FENTON-GLYNN, Claire (2019) “Surrogacy in Portugal”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, ed. lit. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn, Terry Kaan, Intersentia Studies in Comparative Family Law, pp.115-134.

GONÇALVES, Patrícia– “Consentimento (Des)Informado na PMA Heteróloga?”, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 15, Coimbra, Centro de Direito Biomédico/Coimbra Editora (2011), pp.129-143.

GUIMARÃES, Maria Raquel (2017) - “Subitamente, no Verão Passado”: A Contratualização da Gestação Humana e os Problemas Relativos ao Consentimento”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE/FDUP, pp.107-126.

_ 2018 - “O regime do contrato de gestação de substituição no direito português, à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018”, in *Temas de Direito e Bioética, Novas questões do Direito da Saúde*, Vol. 1, pp.135-160.

HORSTER, Heinrich Ewald (2013) - *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina.

LANÇA, Hugo Cunha – “Procriação Medicamente Assistida”, *Data Venia, Revista Jurídica Digital*, Ano 4, n.º 06 (2016), pp.64-85.
https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao06/datavenia06_p063-086.pdf, consult. em 30/dez/2019.

LIMA, Pires de/Antunes Varela (1995) - *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora.

LOUREIRO, João Carlos (2013) - “Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação - Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição”, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais – Homenagem ao Prof. PeterHunerfeld*, 1ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, pp.1387-1430.

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

_ 1999 - “Aspetos jurídicos da procriação assistida”, in *Temas de Direito da Medicina*, 1, Coimbra, Coimbra Editora, pp.5-30.

PATTO, Pedro Vaz - “Maternidade de Substituição – Um Retrocesso Social”, *Logos* (2012). <http://jesus-logos.blogspot.com/2012/01/maternidade-de-substituicao-um.html>, consult. em 10/jan/2020.

PEDRO, Rute Teixeira (2017) - “Uma Revolução na Conceção Jurídica da Parentalidade? Breves Reflexões sobre o Novo Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE/FDUP, pp.149-167.

_ 2018 - “O estabelecimento da filiação de criança nascida com recurso a contratos de gestação de substituição – reflexões à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril”, in *Temas de Direito e Bioética, Novas questões do Direito da Saúde*, Vol. 1, , pp.197-225.

PEREIRA, Maria Margarida Silva - “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, *Julgar Online* (2017). <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>, consult. em 08/fev/2020.

_ 2018 - *Direito da Família*, 2ª Ed. rev. e atualizada, Lisboa, AAFDL.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2017) - *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª Ed., Reimpressão, Coimbra, Almedina.

PINTO, Carlos Alberto da Mota (2012) - *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., 2.ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.

RAPOSO, Vera Lúcia/André Dias Pereira - “Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º6, Coimbra, Centro de Direito Biomédico/Coimbra Editora (2006), pp.89-104.

RAPOSO, Vera Lúcia (2005) - *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra, Coimbra Editora.

_ “Maternidade de Substituição - Quando a cegonha chega por contrato”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88 (2012), pp.26-27.

_ 2014 - *O Direito à Imortalidade: O Exercício de Direitos Reprodutivos mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico de Embrião In Vitro*, Coimbra, Almedina.

_ “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, *Revista do Ministério Público*, 149, Ano 38 (2017a), pp.9-51.

_ 2017b - “A Parte Gestante Está Proibida de Pintar as Unhas”: Direito Contratual e Contratos de Gestação”, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, CIJE/FDUP, pp.169-188.

REIS, Rafael Luís Vale e (2008) - *Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora.

_ “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida: A Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”, *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, n.º13, Coimbra, Centro de Direito Biomédico/Coimbra Editora (2010), pp.67-94.

_ 2016 - “Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida?”, in *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. IV, Coimbra, Almedina, pp.159-175.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa (2018) - “Breve Análise de Duas Questões Problemáticas: O Direito ao Arrependimento da Gestante de Substituição e o Anonimato de Dadores”, in *Colóquio Internacional – Que Futuro para Gestação de*

Substituição em Portugal?, Coimbra, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp.25-42.

SILVA, Miguel Oliveira da (2018) – “Que Futuro para a Gestaçãõ de Substituiçãõ em Portugal? Um olhar bioético”, in *Colóquio Internacional – Que Futuro para Gestaçãõ de Substituiçãõ em Portugal?*, Coimbra, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp.49-61.

SILVA, Paula Martinho da/Marta Costa (2011) - *A Lei da Procriaçãõ Medicamente Assistida Anotada (e Legislaçãõ Complementar)*, 1ª Ed., PLMJ, Sociedade de Advogados, RL, Coimbra, Coimbra Editora.

SILVESTRE, Margarida (2018) - “Que Futuro para a Gestaçãõ de Substituiçãõ em Portugal? Um Comentário”, in *Colóquio Internacional – Que Futuro para Gestaçãõ de Substituiçãõ em Portugal?*, Coimbra, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp.43-48.

XAVIER, Rita Lobo (2019) - “A constitucionalizaçãõ do contrato de gestaçãõ de substituiçãõ e a traiçãõ das imagens: “isto nãõ é uma gestaçãõ de substituiçãõ”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. I, Coimbra, Almedina, pp.345-362.

Jurisprudência citada¹⁷²

Ac. do TC n.º 101/2009, publicado in Diário da República, 2.ª Série, n.º 64, 1 de abril de 2009.

Ac. do TC n.º 225/2018, publicado in Diário da República, 1.ª Série, n.º 87, 7 de maio de 2018.

Ac. do TC n.º 465/2019, publicado in Diário da República, 1.ª Série, n.º 201, 18 de outubro de 2019.

Pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida¹⁷³

¹⁷²Toda a jurisprudência citada pode ser consultada no site www.dgsi.pt ou em <https://dre.pt/>

Parecer 63/CNECV/2012.

Parecer 87/CNECV/2016.

Parecer 92/CNECV/2017.

Parecer 104/CNECV/2019.

Deliberações e Pareceres do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida¹⁷⁴

Parecer de Análise das propostas de alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Procriação medicamente assistida), contidas nos Projetos de Lei n.ºs 6/XIII/1.ª, 29/XIII/1.ª, 36/XIII/1.ª e P.JL.51/XIII/1.ª – fundamentação das sugestões apresentadas, de 17 de março de 2016.

Deliberação n.º 18-II/2017 de 8 de setembro de 2017 – Procedimento de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição.

Deliberação n.º 20-II/2017 de 20 de outubro de 2017 – Interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso à gestação de substituição.

Deliberação n.º 21-II/2017 de 24 de novembro – Estabelece o limite de idade da gestante no âmbito da gestação de substituição.

Deliberação n.º 22-II/2017 de 15 de dezembro – Estabelece diversos aspetos técnicos relativos à celebração e execução do contrato de gestação de substituição.

Notícias

<http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689>, consult. em 28/nov/2019.

¹⁷³Consulta disponível em <https://www.cnecv.pt/pt>

¹⁷⁴Consulta disponível em <http://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>

<http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=112417>, consult. em 28/nov/2019.