



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

## **GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**

Análise à luz dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais

Inês Pinto Cavaleiro Ferreira de Almeida

Orientador: Professor Juiz Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro

Mestrado em Direito Forense

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

16/09/2021

## AGRADECIMENTOS

O meu especial agradecimento ao Professor Juiz Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro pela incrível dedicação que teve com a minha dissertação, que desde o momento em que aceitou orientar este projeto esteve sempre totalmente disponível para as minhas dúvidas e inquietações, discutiu e refletiu comigo dando-me abertura para pensar sempre pela minha cabeça, inquietando-me para um aprofundamento do meu saber, com as suas questões tão inteligentes e pertinentes de um mestre que possui o verdadeiro espírito humanista e científico. Gostava de ter tido ainda mais tempo para trabalhar com o Professor, mas fico muito contente pelo meu caminho neste trabalho que me levou até ao meu orientador.

Ao Professor Dr. Pedro Garcia Marques pelo conhecimento que me transmitiu nas suas aulas, pelas discussões e pelo gosto em ensinar e pela incrível recomendação de orientador.

À Professora Dr.<sup>a</sup> Ana Taveira da Fonseca pelas aulas desafiantes que me ensinaram muito e por toda a disponibilidade que teve para mim ao longo da dissertação.

À Professora Dr.<sup>a</sup> Maria Margarida Silva Pereira que me despertou ainda mais o interesse no tema e que me fez ter a certeza que era uma temática que tinha de ser mais discutida, agradeço também pela troca de saberes que partilhou comigo.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pela excelente formação que me deu e por me fazer apaixonar por Direito.

À Universidade Católica Portuguesa pelo enriquecimento que deu na minha formação e pelos ótimos Professores que tive.

Ao meu pai por apostar e privilegiar sempre a minha educação e pelas horas em que muito discutimos a temática da dissertação, tocando inquietações, saberes e conhecimentos e também, por todas as conversas que teve comigo ao longo do curso das mais diversas áreas sempre com imenso interesse em partilhar ideias.

À minha mãe pela dedicação enorme que tem comigo, por sentar-se comigo a pensar e por, sem dúvida, construir em mim o conceito de afeto numa família.

À minha avó por ler, reler, questionar a minha dissertação, agradeço todo o tempo que trabalhou comigo, é um prazer para mim pensar com alguém que admiro tanto.

À minha irmã que me motivou como só uma irmã mais velha sabe e ao meu irmão por ouvir todas as minhas ânsias e dúvidas.

À Inês Mendes pelo contributo que deu na minha dissertação pela ajuda e pontos de vista.

À Maria Aleixo amiga de todas as horas, que tantas vezes leu o meu trabalho, me fez correções, que passou horas a falar comigo sobre a dissertação, que esteve sempre tão presente como, na verdade, está sempre nos bons e maus momentos.

Finalmente ao meu namorado que é também a minha família, pelo apoio enorme que me deu, por querer que eu evolua sempre, por acreditar tanto em mim, por querer fazer comigo um caminho de crescimento pessoal.

## ABREVIATURAS

AAVV. – Autores Vários

Ac. – Acórdão

Al.- alínea

Apud. – Em

AR – Assembleia da República

Art. – Artigo

Arts.- Artigos

Cap.- Capítulo

CC- Código Civil Português (de 1966)

CCiv br- Código Civil brasileiro (de 2002)

CDC- Convenção sobre os Direitos da Criança (Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990)

CEJ- Centro de Estudos Judiciários

Cf.- Confrontar

CIDP- Centro de Investigação de Direito Privado

CP- Código Penal

Colab.- Colaboração

Consult.- data de consulta

CRP- Constituição da República Portuguesa (de 1976)

CNECV- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

DR- Decreto Regulamentar

Ed.- Edição

EUA- Estados Unidos da América

FIV- Fertilização In Vitro

Gonçalo de Almeida Ribeiro- GAR

Ibid.- Abreviatura Ibidem. Mesmo autor e mesma obra

Idem- Mesmo autor

In- Em

IVG- Interrupção voluntária da gravidez

LPMA- Lei da Procriação Medicamente Assistida (de 2006, na versão do diploma da Lei n.º 25/2016, de 22/08, sendo a versão mais atualizada a Lei n.º 48/2019, de 08/07)

N.º- Número  
OJ- Ordenamento Jurídico  
OMS- Organização Mundial de Saúde  
Op. Cit.- Obra Citada  
P.- Página  
PMA- Procriação Medicamente Assistida  
PP.- Páginas  
PR- Presidente da República  
Rev.- Revista  
RFDUL - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro  
RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira  
S.D.- Sem Data  
[s.n.] - sem nome de editor (do latim sine nomine)  
Ss.- Seguintes  
T.- Tomo  
TC- Tribunal Constitucional  
Trad.- Tradução  
UE- União Europeia  
Vol.- Volume  
V.g.- Por exemplo

## ÍNDICE

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	2
<b>ABREVIATURAS</b> .....	4
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1. Figura em abstrato e o modelo português</b> .....	9
<b>2. Normas declaradas inconstitucionais no Acórdão n.º 225/2018, de 07/05/18</b> .....	12
<b>3. O problema do estabelecimento de filiação</b> .....	14
<b>3.1 O estabelecimento de filiação em geral</b> .....	14
<b>3.2 O regime especial na gestação de substituição</b> .....	18
<b>4. As dúvidas quanto à admissibilidade da gestação de substituição</b> .....	21
<b>4.1 O direito a constituir família e o direito ao desenvolvimento da personalidade dos beneficiários</b> .....	21
<b>4.2 A dignidade humana, o direito ao desenvolvimento de personalidade e o direito a dispor do próprio corpo da gestante</b> .....	27
<b>4.2.1 A dignidade humana e o direito ao desenvolvimento de personalidade</b> .....	27
<b>4.2.2 O direito a dispor do próprio corpo</b> .....	37
<b>4.3 As cláusulas de estilo de vida</b> .....	39
<b>4.4 A dignidade e o superior interesse da criança</b> .....	41
<b>5. O direito de arrependimento da gestante</b> .....	44
<b>CONCLUSÃO</b> .....	53
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	56

## INTRODUÇÃO

Numa era em que a tecnologia e a ciência evoluem todos os dias freneticamente, em que Portugal discute questões como a eutanásia e a inseminação *post mortem*, afigura-se-nos imprescindível abordar a questão da gestação de substituição, técnica de PMA cujo objetivo é permitir a possibilidade de procriar a quem não possa gerar.

Esta é uma matéria que se relaciona com o Direito da Família, com o Direito Civil na parte contratual e com os direitos fundamentais das partes em causa, mas é também uma inadiável discussão de bioética, onde concorrem saberes das mais diversas áreas. A problemática está em perceber qual o papel do Direito, onde é que este pode e deve intervir; o Direito deve, idealmente, intervir não com um papel descrente na evolução das novas tecnologias associadas à gestação de substituição, mas com a consciência de que a ciência tem que evoluir para a humanidade, com base nos valores defendidos por cada sociedade, com o principal objetivo de convergir com a pessoa humana e nunca contra ela<sup>1</sup>.

O objetivo desta dissertação será perceber se efetivamente, à luz dos direitos fundamentais se poderá ou deverá permitir a gestação de substituição em Portugal, e se a gestante pode arrepender-se do contrato que celebrou, ficando com a criança à luz do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito a constituir família.

Começaremos por explicar a figura abstrata da gestação de substituição ao mesmo tempo que enunciamos os traços e opções legislativas portuguesas; posteriormente, explicitaremos as normas declaradas inconstitucionais pelo Ac. 225/2018, passando depois a expor o problema do estabelecimento de filiação em geral, e o critério específico a seguir na atribuição de parentalidade na gestação de substituição.

Confrontaremos os direitos de personalidade e fundamentais da gestante, dos beneficiários e da criança, no sentido de perceber se estes se podem harmonizar, em confronto com os Acs. do TC de 2018 e 2019, destacando sobretudo o Ac. de 2018 que apresenta os fundamentos da admissibilidade da figura.

Por fim, deter-nos-emos na discussão do direito ao arrependimento da gestante, questão extremamente importante que deu origem a duas declarações de inconstitucionalidade no Ac. 225/2018 e no Ac. 465/2019. Após decisão de inconstitucionalidade em 2018, criou-se o

---

<sup>1</sup> Ac. do TC n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018, Publicado em Diário da República, n.º 87/2018, Série I, de 7 de maio de 2018, p. 1890, disponível em: <https://bit.ly/3tfg4QZ>.

Decreto n.º 383/XII que estabeleceu, como constando na lei declarada inconstitucional, que a gestante só poderia arrepender-se até ao início das técnicas de PMA.

**Palavras-chave:** Gestação de substituição, direito a constituir família, dignidade humana, superior interesse da criança e arrependimento.

## 1. Figura em abstrato e o modelo português

A gestação de substituição é uma forma de PMA em que uma mulher acorda em gerar uma criança, com recurso ou não aos seus óvulos, e em entregar o bebé, após o parto, aos beneficiários da gestação de substituição para que estes o acolham como seu filho<sup>2</sup>.

Inicialmente, o legislador português afastou a gestação de substituição com a Lei 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização de técnicas de PMA. No art. 8.º, n.º 1 podia ler-se que a maternidade de substituição seria considerada, para todos os efeitos e em todas as suas vertentes, como um contrato nulo. Este paradigma sofreu uma alteração com a Lei n.º 25/2016, que passou a admitir a gestação de substituição excecionalmente e a título gratuito (art.º 8.º, n.º 2)<sup>3</sup>.

A gestação de substituição é uma forma de PMA que admite diferentes modalidades consoante a legislação dos países que admitem esta técnica de reprodução<sup>4</sup>. Em abstrato, a gestação de substituição pode tratar-se de uma substituição meramente gestacional, ou de uma gestação de substituição genética. Na primeira modalidade a mulher gera um bebé para terceiros, e na segunda a gestante não só gera a criança como contribui com o seu próprio material genético. Em Portugal, a substituição genética foi proibida, como resultado do artigo 8.º, n.º 3 da LPMA<sup>5</sup>.

A gestação de substituição pode ser homóloga, i.e., exige-se uma coincidência entre a verdade biológica e a filiação, mas também heteróloga, onde pelo menos entre um dos beneficiários e o bebé há uma ligação genética, ou puramente heteróloga, com cisão genética entre os beneficiários e o bebé<sup>6</sup>. A opção do legislador português foi a de que a criança gerada com recurso a gestação de substituição teria de ter ligação genética a pelo menos um dos beneficiários (art. 8.º, n.º 3 da LPMA). Assim, conseguindo a mulher beneficiária ovular, seria

---

<sup>2</sup> Ana Carolina Pedrosa Massaro - BABY BUSINESS: A INDÚSTRIA INTERNACIONAL DA ‘BARRIGA DE ALUGUEL’ SOB A MIRA DA CONVENÇÃO DA HAIA. RIDB [Em linha] Ano 3, n.º 8 (2014), p. 5775 [Consult. 05/09/20] Disponível em <https://bit.ly/2Ya9QHZ>.

<sup>3</sup> Maria Margarida Silva Pereira – *Direito da família*. AAFDL, 2018., pp. 874 e 875.

<sup>4</sup> Vera Lúcia Raposo - *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005., p. 31.

<sup>5</sup> Jorge Duarte Pinheiro – *O Direito da Família Contemporâneo*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 219

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 114 e 115; PEREIRA, Maria Margarida Silva - «Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição». In *JulgatOnline*, [Em linha] (2017), pp. 1-25 [Consult. 05/09/20] Disponível em [file:///C:/Users/inesa/Downloads/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gesta%C3%A7%C3%A3o-de-Substitui%C3%A7%C3%A3o-Maria-Margarida-Silva-Pereira-v2%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/inesa/Downloads/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gesta%C3%A7%C3%A3o-de-Substitui%C3%A7%C3%A3o-Maria-Margarida-Silva-Pereira-v2%20(1).pdf), p. 5.

ela a fornecer o gâmeta feminino, mas tal não sendo possível, recorreria a uma doação de óvulos, doando o marido o material genético<sup>7</sup>.

Os países que permitem a gestação de substituição normalmente fazem-no com um intuito de correção terapêutica, no caso permitir a procriação a quem é infértil<sup>8</sup>, “*a infertilidade é uma doença do sistema reprodutor masculino ou feminino, definida pela falha em conseguir uma gravidez após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares sem proteção*”<sup>9</sup> (tradução própria).

Existem inúmeras causas para a infertilidade: causas físicas ou psicológicas, como ausência de útero ou ovários, menopausa e menopausa precoce, consequências de abortos espontâneos, risco de transmissão de doenças de origem genética ou infecciosa; por exposição a anticoncepcionais, produtos químicos, consumo de medicamentos, álcool, tabaco, drogas, poluição; repercussões de abortos induzidos e esterilização voluntária, ou casos de fertilidade em que a gravidez ponha em causa a vida da mulher<sup>10</sup>.

É possível pensar-se ainda, no acesso a esta técnica de PMA por motivos meramente estéticos ou medo de comprometer a carreira profissional<sup>11</sup>.

Em Portugal existia a ideia de que a procriação através de cópula seria o melhor meio de reprodução, porque faria confluír a filiação genética, social e jurídica, o que explicava a atribuição das técnicas de PMA como meio de reprodução subsidiário e não alternativo (art. 4.º, n.º 1 da LPMA)<sup>12</sup>. Ora a lei n.º 17/2017 alterou este paradigma ao permitir que todas as mulheres, independentemente de diagnóstico de infertilidade, pudessem recorrer a estas técnicas (art. 4.º, n.º 3 da LPMA). Para as mulheres, esta realidade passou a ser alternativa e não subsidiária. Embora a lei n.º 25/2016, que introduziu a gestação de substituição no leque de técnicas de PMA, tenha exigido novamente “a existência de doença grave”<sup>13</sup>.

O art. 8.º, n.º 2 da LPMA explicita que é possível recorrer à gravidez de substituição “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma

---

<sup>7</sup> Maria Margarida Silva Pereira– *Direito da família...*, *op. cit.*, p. 806.

<sup>8</sup> Vera Lúcia Raposo - De Mãe..., *op. cit.*, p. 19.

<sup>9</sup> World Health Organization. Infertility.WHO. 2020 (02/10/20) Disponível em <https://bit.ly/2WqGNPv>., p. 1.

<sup>10</sup> Vera Lúcia Raposo - De Mãe..., *op. cit.*, p. 20.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>12</sup> CNECV - Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. 2012. [Consult. 10/09/20] Disponível em: <https://bit.ly/3aEjrJO>, pp. 4 e 5.

<sup>13</sup> Carla Rodrigues – Direito da Família e das Crianças – Temas atuais em Debate – [em linha]. CEJ, 2020. [Consult. 08/10/20]. Disponível em <https://bit.ly/3jvsSfy>, p. 60.

absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.”. Interpretou-se a ideia de “situações clínicas que o justifiquem” como “para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.”, tal como prescrito no art. 4.º, n.º 2 da LPMA, referente ao recurso à PMA, embora haja alguma indefinição no conceito em causa<sup>14</sup>.

A questão da motivação liga-se também aos beneficiários desta técnica. A lei portuguesa poderia ter aberto esta possibilidade a pessoas solteiras ou a casais, a casais do mesmo sexo ou de sexo diferente, somente mulheres, ou somente homens. Ora, a gestação de substituição não tem um artigo que indique quem são os beneficiários desta técnica, ao contrário do art. 6.º, e por esse motivo apenas se depreende quem são os beneficiários através de uma interpretação literal. O art. 8.º, n.º 3 parece determinar que os beneficiários têm de ser um casal, e a exigência de doença, ausência ou lesão no útero (art. 8.º, n.º 2) parece aplicar-se somente a um casal de sexo diferente, ou a um casal de duas mulheres, ambas com lesão no útero<sup>15</sup>.

A gestação de substituição pode classificar-se como gratuita ou onerosa; será onerosa quando a grávida de substituição receba uma vantagem patrimonial em troca da gestação de substituição, e gratuita caso tal não ocorra<sup>16</sup>. A opção portuguesa foi a da gestação de substituição gratuita, já que a gestante não pode receber qualquer pagamento ou doação de bem ou quantia (art. 8.º, n.ºs 2 e 5 da LPMA).

Em Portugal, a gestação de substituição implicava uma fase de acordo, de celebração do contrato e cumprimento. As partes que constituiriam o contrato seriam: a mulher gestante, que se obrigaria a submeter a técnica de PMA, completar a gravidez e entregar a criança que gerou ao casal comitente após o parto e abster-se de requerer quaisquer poderes e deveres da maternidade (art. 8.º, n.º 1) e o casal, que se comprometeria a cobrir as despesas de saúde e transportes que resultassem do cumprimento da prestação da gestante (art. 8.º, n.º 5).

---

<sup>14</sup> Maria Margarida Silva Pereira- «Uma gestação..., *op. cit.*, p. 16.

<sup>15</sup> O afastamento da monoparentalidade e da única possibilidade dos homens poderem recorrer a uma técnica de PMA, parece suscitar aqui uma questão de incoerência e discriminação na OJ, que é urgente pensar - Mafalda de Sá – O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério. In *Lex Medicinæ: revista portuguesa de direito da saúde*. Instituto Jurídico| Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 30, p. 69.

<sup>16</sup> Jorge Duarte Pinheiro– *O Direito da...*, *op. cit.*, p. 219.

O contrato aparenta-se a um contrato de prestação de serviços (art. 1154.º do CC), em que o serviço será o de gerar um bebé, com a finalidade de entregar de facto e legalmente a criança gerada aos beneficiários<sup>17</sup>.

## **2. Normas declaradas inconstitucionais no Acórdão n.º 225/2018, de 07/05/18**

A LPMA foi submetida a fiscalização abstrata, no que respeita à gestão de substituição o Ac. 225/2018 declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade dos n.ºs 4 e 11 do art. 8.º, e em consequência, os n.ºs 2 e 3 do art. 8.º; o n.º 12 do art. 8.º foi considerado inconstitucional por estabelecer a nulidade relativamente aos contratos que contrariassem o art. 8.º. O n.º 8 do art. 8.º, em articulação com o n.º 5 do art. 14.º foram considerados-inconstitucionais por não permitirem o arrependimento da gestante até à entrega da criança ao casal de receção, e assim o art. 8.º, n.º 7 também o foi, o que será analisado no capítulo do arrependimento.

O art. 8.º, n.º 11 estabelecia que o contrato estipulado entre as partes “não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.”. O TC constatou que a questão elencada era relativa ao direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP) e que a LPMA não tinha orientado os comportamentos a adotar pela gestante e pelos beneficiários, nem indicado aqueles que não podiam ser impostos à gestante, tal como não o tinha feito também o DR n.º 6/2017, de 31 de julho<sup>18</sup>. O art. 3.º, n.º 1, do DR apenas impunha ao CNPMA a criação do contrato-tipo da gestação de substituição que contivesse os elementos essenciais do contrato, e o n.º 3 do art. 3.º, obrigava a que o contrato-tipo observasse situações como a obrigação da realização de exames, o direito da gestante à escolha do tipo de parto, ou a recusa de exames de diagnóstico<sup>19</sup>.

Esta indeterminação na matéria relativa a direitos, liberdades e garantias levou a uma violação de matéria de reserva de lei parlamentar [arts. 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1 alínea b) da CRP], e contrariou a obrigação de determinabilidade das leis e a exigência de separação de poderes que provém do princípio do Estado de direito democrático (art 2.º da CRP). Acresce

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>18</sup> AC. DO TC n.º 225/2018...*op. cit.*, pp. 1930-1931.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 1921.

que a pouca determinação da lei não permitia ao CNPMA ter balizas definidas para autorizar e supervisionar com precisão a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, o que determinou a inconstitucionalidade dos n.ºs 4 e 11 do art. 8.º<sup>20</sup>.

O tribunal analisou ainda o art. 8.º, n.º 12 da LPMA que estabelecia a nulidade do contrato, como aliás se prevê no art. 280.º do CC. Uma gestão de substituição praticada dessa forma deveria ser considerada nula de acordo com o Direito Civil; não podemos, todavia, olvidar a necessidade de atender às regras e princípios que o âmbito do Direito da Família impõe.

Segundo o n.º 12 do art. 8.º, a ocorrência de uma ilicitude no contrato, levaria à atribuição da maternidade à gestante. Dessa interpretação resultaria a atribuição da qualificação de gestante à mulher que gerou para terceiros licitamente e cumprindo as regras da LPMA, e de mãe à mulher que gerou ilicitamente<sup>21</sup>.

O Tribunal considerou que a consequência da nulidade resultaria numa solução legal que podia ser extremamente prejudicial para o superior interesse da criança. Defendeu que a passagem do tempo, a gravidade do desrespeito da LPMA e a situação concreta do caso deveriam ser consideradas, e ao nível da tutela da criança argumentou que seria mais adequado que um juiz se pronunciasse sobre o caso<sup>22</sup>.

O regime de nulidade implicaria que a maternidade fosse atribuída à gestante e nunca à dadora de gâmetas femininos, já que o dador não poderia ser havido como progenitor (art. 10.º, n.º 2 da LPMA). No entanto, o beneficiário dador de-esperma com desejo de perfilhar a criança concebida deveria ser havido como progenitor, o que resultaria na atribuição de parentalidade à gestante e ao homem beneficiário, o que seria ilógico num projeto parental idealizado e pensado com uma mulher que não a gestante. O TC apontou para a problemática mais evidente: a de a beneficiária doar o gâmeto feminino sendo afastada da maternidade da criança<sup>23</sup>.

Nesta perspetiva, salientou o Tribunal ser contrário ao interesse e dever de proteção da criança pela sociedade e pelo Estado (art. 3.º, n.º 1, da CDC e art. 69.º, n.º 1, da CRP) determinar a filiação com quem não a desejou perfilhar, podendo até levar a uma institucionalização da criança. Acrescentou que saber de quem se é filho faz parte do direito à identidade pessoal de cada um (art. 26.º, n.º 1 da CRP) e que apenas por motivos perentórios de interesse público ou

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 1930-1931.

<sup>21</sup> Maria Margarida Silva Pereira - «Uma gestação...», *op. cit.*, pp. 13 e 14.

<sup>22</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1927.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 1927-1928.

quando se confrontassem direitos constitucionais das partes é que se poderia pôr em causa o estatuto das pessoas; de outra forma, este não deveria ser alterado de acordo com o princípio da segurança jurídica, que provém do princípio do Estado de direito democrático (art. 2.º da CRP)<sup>24</sup>.

### **3. O problema do estabelecimento de filiação**

#### **3.1 O estabelecimento de filiação em geral**

Na OJ portuguesa existe uma conceção biologista no estabelecimento de filiação, que se traduz numa coincidência genética entre os pais e o filho<sup>25</sup>. A mãe jurídica normalmente é certa, porque corresponde à mulher que se submeteu ao parto (art. 1796.º, n.º 1 do CC), enquanto a paternidade assenta na relação de casamento no momento do nascimento ou conceção do filho (art. 1826.º do CC). Presume-se a paternidade com base no art. 1871.º do CC relativamente a filhos de pessoas não casadas e pode ainda estabelecer-se por perfilhação (declaração de vontade) ou decisão judicial (art 1847.º do CC)<sup>26</sup>.

O critério de vertente biológica advém do direito à identidade genética (art. 36.º da CRP)<sup>27</sup> e da ideia de que a família é o meio mais adequado para o bom desenvolvimento da criança, não podendo a criança e os pais serem afastados, a não ser por razões ponderosas que ponham em causa o superior interesse da criança (art. 36.º, n.ºs 5 e 6 e 69.º da CRP e art. 9.º da CDC)<sup>28</sup>.

Este critério impede que outros adultos que tenham uma relação de amizade e carinho para com a criança possam ser considerados progenitores da mesma, a não ser que essa relação provenha de uma adoção, processo que visa estabelecer uma relação semelhante ao vínculo

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.1928.

<sup>25</sup> Guilherme de Oliveira; Rui Moura Ramos- *Manual de Direito da Família*. Almedina, 2020, p. 375.

<sup>26</sup> AC. do TC n.º 308/2018, de 7 de junho de 2018, Publicado em Diário da República, n.º 411/2017, 3ª Secção, de 7 de junho de 2018, disponível em: <https://bit.ly/2VT7VWM>.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> Rosa Clemente – *Inovação e modernidade no direito de menores: a perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. Coimbra Editora, 2009, p. 46.

biológico entre pais e filhos, que se constrói com base na vontade de estabelecimento do vínculo de filiação dos pais e no interesse superior da criança<sup>29</sup>.

Mesmo nos casos de PMA, a generalidade das conceções ocorre dentro do casal, o que significa que na maioria das vezes não se recorre a gâmetas de terceiros para procriação<sup>30</sup>. Acresce que nas técnicas de PMA com doação de gâmetas masculinos, inseminação artificial, fertilização *in vitro* ou doação de óvulos, a mãe é a mulher que dá à luz<sup>31</sup>.

Podemos apontar outros exemplos que decorrem do princípio de verdade biológica, como o facto de se terem eliminado os pressupostos para a investigação de maternidade e paternidade; a admissão de exames de sangue e outros métodos científicos nas ações relativas à filiação; a admissibilidade de casos que cessam a presunção da paternidade (arts. 1828.º, 1829.º, 1832.º, n.º 2 e 1834.º, n.º 1 do CC)<sup>32</sup>.

No entanto, várias normas contrariam o princípio de verdade biológica, v.g.<sup>33</sup>: A paternidade por presunção e perfilhação contraria o art. 1801.º referente a exames de sangue e métodos científicos apropriados para a averiguação de parentalidade; os arts. 1817.º e 1873.º estabelecem prazos para que a ação de investigação de maternidade e paternidade possa ser proposta; o art. 1832.º faz cessar a presunção de paternidade com uma simples declaração de que o filho não é do marido; não se admite a averiguação oficiosa de parentalidade por motivo de incesto [arts. 1809.º al. a) e art. 1866.º, al. a)]; O art. 1842.º estabelece o prazo para que a impugnação de paternidade possa ser intentada, findo o qual esta possibilidade caduca; e o art. 1857.º determina que o filho maior ou emancipado pode não dar o seu assentimento na perfilhação.

O critério biológico no estabelecimento de filiação convive com o desenvolvimento de outros modos de filiação, como a adoção e a PMA heteróloga, que advém de um critério social - a vontade de estabelecer um projeto parental<sup>34</sup>.

A PMA afasta a verdade biológica ao reconhecer a paternidade ao marido ou unido de facto da mulher inseminada com esperma de dador, o que significa que a filiação não é

---

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> Guilherme de Oliveira; Rui Moura Ramos... *op. cit.*, p. 454.

<sup>31</sup> Guilherme de Oliveira – Estabelecimento da Filiação. Petrony Editora, 2019, p. 239.

<sup>32</sup> Diogo Leite Campos; Mónica Martinez Campos – Lições de Direito da Família. 5ª ed. Almedina, 2020, pp. 380-381.

<sup>33</sup> Carlos Pamplona Corte-Real; José Silva Pereira - *Direito da Família: tópicos para uma reflexão crítica*. AAFDL, 2008, pp. 96-98; José da Costa Pimenta - *FILIAÇÃO*. 4ª ed. Livraria Petrony, LDA, 2001, pp. 25 e 26.

<sup>34</sup> *Idem.*

estabelecida pela ligação genética com a criança, mas sim pelo consentimento na PMA, suficiente para que legalmente este seja considerado pai (art. 20.º e 21.º da LPMA)<sup>35</sup>.

Por outro lado, a maternidade também pode ser estabelecida pela mulher que consentiu na prática de técnicas de PMA da sua cônjuge ou unida de facto (art. 20.º, n.º 1 da LPMA) podendo também existir uma maternidade que não provém do parto, naturalmente, a gestação de substituição (art. 8.º, n.º 7 da LPMA)<sup>36</sup>.

Visto isto, pode afirmar-se que a OJ portuguesa reconhece hoje a "concorrência" entre o critério da vontade e o critério biológico<sup>37</sup>.

A maternidade deixou de ter como único critério o parto, podendo ser atribuída com base na vontade; não há sequer obrigação de demonstrar cuidado pela criança, se assim fosse estar-se-ia a falar numa maternidade com base num critério socioafetivo, como existe na legislação brasileira<sup>38</sup>. Este critério não existe na lei portuguesa, mas a vontade subentende o desejo de partilhar responsabilidades e observar um comportamento parental<sup>39</sup>.

A legislação brasileira deu uma grande importância à filiação socioafetiva, o que significa que a atribuição da maternidade e paternidade não tem necessariamente que corresponder a um vínculo biológico desde que se consiga observar carinho, afeto e cuidado pela criança, *cf.* art. 1593.º do CCiv br, que prevê que a filiação pode ter origem biológica ou civil<sup>40</sup>.

A PMA e a adoção já demonstraram que a biologia não é sinónimo de parentalidade. Alguma doutrina sustenta que a filiação estará ligada ao vínculo da criança com o parente e efetivos cuidados dos pais para com a criança, traduzindo-se nas responsabilidades parentais dos mesmos. Pai será aquele que está atento, v.g. na alimentação, na saúde, no bem-estar, no acompanhamento dos trabalhos de casa, na higiene da criança. A parentalidade estará, pois, ligada ao superior interesse da criança<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> Guilherme de Oliveira – Estabelecimento..., *op. cit.*, p. 237.

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> Guilherme de Oliveira; Rui Moura Ramos... *op. cit.*, pp. 374-376.

<sup>38</sup> Guilherme de Oliveira – Estabelecimento..., *op. cit.*, p. 242.

<sup>39</sup> Guilherme de Oliveira – Estudos de..., *op. cit.*, p. 187.

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> Hugo Cunha Lança – Procriação medicamente assistida. *DataVenía: Revista Jurídica Digital [Em linha]*. Ano 4, N.º 6 (2016), pp. 64-85 [21/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3dWOP7b>, Pp. 70-71.

Noutra perspetiva alega-se que superior interesse da criança só é, na verdade, atendível no que concerne aos efeitos da filiação e não no estabelecimento de filiação<sup>42</sup>.

CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JÉSSICA SOUZA ESMERALDO<sup>43</sup>, argumentam que a verdade biológica e a realidade socioafetiva são *caracteres* que guiam o intérprete, mas não levam a resoluções jurisdicionais. Sustentam que pelos motivos elencados *supra*, relativos às exceções ao biologismo, o critério biológico não é a resposta no estabelecimento de filiação, possivelmente porque com este se confronta a verdade afetiva<sup>44</sup>.

De facto, a realidade biológica não satisfaz o interesse da criança se não for acompanhado de desejo parental, e a filiação socioafetiva não se confunde com a importância do conhecimento das origens biológicas. As falhas que existem no estabelecimento de filiação através da biologia e na filiação socioafetiva devem encaminhar para uma solução *in casu*, através do princípio do superior interesse da criança. O interesse superior da criança deve estar presente nas soluções legais, nomeadamente no estabelecimento da filiação, pois embora seja um princípio indeterminado serve para proteger as crianças, e este consegue extrair-se de diversas normas de direito da família.

Nesta ótica, constatam que a filiação pode ser estabelecida por um critério biológico ou de vontade em constituir um projeto parental, mas que será também essencial observar o critério socioafetivo, de extrema importância na concretização do superior interesse da criança, ideia que acompanhamos.

---

<sup>42</sup> José da Costa Pimenta..., *op. cit.*, p. 25-28.

<sup>43</sup> Carlos Pamplona Corte-Real; Jéssica Souza Esmeraldo – «O direito da Família: biologismo versus afetividade.». In *Revista de Direito Civil*. Almedina. Ano 4, n.º 2 (2019), pp. 280-285.

<sup>44</sup> *Vide* neste sentido o AC. do TC n.º 308/2018... *op. cit.*, que demonstra a importância da proteção da família e da infância (art. 67.º e 69.º da CRP, respetivamente), na questão da impugnação da paternidade por presunção e por perfilhação.

### 3.2 O regime especial na gestação de substituição

A regra geral do estabelecimento de maternidade preconiza que é mãe quem tem o parto (art. 1796.º, n.º 1 do CC); ora esta presunção resultava de uma certeza absoluta de que a mãe biológica era a mulher que gerava e tinha o parto<sup>45</sup>. A gestação de substituição ilide esta presunção, pois a mulher grávida pode ter recebido gâmetas femininos de uma outra mulher que deseja ser a mãe legal, ou seja, quem dá à luz não é a mãe biológica da criança<sup>46</sup>. Assim, a regra geral que permanece, relativa ao parto, parece explicar-se pela conexão afetiva e facilidade em estabelecer a maternidade desta forma, dado que na maioria das vezes é mãe quem dá à luz<sup>47</sup>.

Não podemos ignorar que existe uma ligação entre a gestante e a criança; é importante não esquecer que a placenta tem origem na mulher gestante, e o ambiente intrauterino condiciona a placenta, do que pode resultar uma modificação da programação genética e uma alteração epigenética<sup>48</sup>, o que significa que a gestação influencia a expressão genética da criança, ativando certos genes e desativando outros sem, no entanto, alterar o seu ADN<sup>49</sup>. Por outro lado, a gestante também condiciona a “quantidade e qualidade” das hormonas presentes na placenta<sup>50</sup>. O CNECV<sup>51</sup>, em 2012, afirmou que as mulheres grávidas sofrem alterações psicológicas e emocionais e que a nível biológico passará a existir ADN do feto na circulação materna. Defende-se ainda que alguns instintos maternos podem ser explicados por recetores neuronais que recebem hormonas produzidas na placenta<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> Guilherme de Oliveira - *Mãe há só (uma) Duas! O contrato de gestação*. Coimbra Editora, 1992, p. 74.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>48</sup> Jared C. Robins [et al.] - «ENDOCRINE DISRUPTORS, ENVIRONMENTAL OXYGEN, EPIGENETICS AND PREGNANCY». In *HHS public access* [Em linha]. Vol.1, n.º 3 (2011), pp. 690-670 [Consult.15/01/21]. Disponível em: <https://bit.ly/3u3QpeB>.

<sup>49</sup> Carlos Alonso Bedate- «Diálogo molecular madre-embrión en el desarrollo embriológico. Preimplantación e implantación». In *Dialnet* (2011), pp 81-119 *apud* CNECV - RELATÓRIO SOBRE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA) e GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO. 2012. [Consult. 14/10/20] Disponível em: <https://bit.ly/3g6YniE>, p. 30.

<sup>50</sup> Miguel Oliveira da Silva – Parentalidade e Filiação [em linha]. CEJ, 2018. [Consult. 08/10/20]. Disponível em: <https://bit.ly/3sb6cGt>, p. 46.

<sup>51</sup> CNECV - RELATÓRIO SOBRE PROCRIAÇÃO..., *op. cit.*, p. 30.

<sup>52</sup> Miguel Oliveira da Silva – Parentalidade..., *op. cit.*, p. 46.

Argumenta-se também que a gestação de substituição é suscetível de ocasionar circunstâncias afetivas e psicológicas nefastas aquando da entrega da criança<sup>53</sup>, o que, podendo ser verdade, não implica que a gestante se sinta mãe da criança. O próprio casal beneficiário pode vivenciar uma gravidez mental tão intensa como a da gestante: veja-se os casos de homens que vivem a gravidez internamente, por vezes mais que as suas companheiras<sup>54</sup>, observando-se aumento de peso, enjoos, cansaço e outras sintomatologias que comprovam que o processo de gestação é muito mais do que um mero processo biológico<sup>55</sup>.

Sabemos que a vontade de ter um filho nasce na imaginação dos pais e é a partir desse desejo que se cria um fenómeno denominado "gravidez inicial" ou "gravidez mental", período de tempo em que se idealiza e projeta o bebé<sup>56</sup>.

Os pais têm de *adotar* mental e afetivamente o filho para que o bebé surja ligado a uma família por um elo emocional, processo este denominado adoção em psicologia<sup>57</sup>. Basta pensarmos nos casos de abandono, maus-tratos, infanticídios, muitas vezes adjuvados pela não-adoção emocional do bebé.

O parto é o momento em que a mulher se torna mãe fisicamente, mas a identidade materna atravessa muitas fases e pode demorar tempo a instalar-se. Na altura do parto a mãe ainda não está ligada ao bebé real, um ser que lhe é profundamente próximo, mas ainda seu desconhecido<sup>58</sup>. É ao cuidar do seu bebé, estabelecendo uma relação próxima e vinculativa, que em princípio na mulher nasce a identidade materna<sup>59</sup>. É por haver uma grande proximidade entre a mãe e o bebé, com contacto físico e afetivo, que o bebé se torna o bebé da sua mãe. Esta ligação profunda estabelece-se por um longo e contínuo processo de interação e não por uma fixação inicial<sup>60</sup>.

Ora, esta ideia de ligação afetiva e psicológica da gestante não implica que exista um vínculo materno com a criança: como vimos, os pais beneficiários terão normalmente uma

---

<sup>53</sup> Maria Margarida Silva Pereira - «Uma gestação..., *op. cit.*, p. 7.

<sup>54</sup> Eduardo Sá (coord) – *A maternidade e o bebé*. Fim de Século, 1997, p. 24.

<sup>55</sup> Rita M. Gomez; Isabel Leal; Eurico Figueiredo – Síndrome de Couvade: um estudo exploratório da ocorrência de sintomas em pais-expectantes. In *Revista Portuguesa de Psicossomática* [Em linha]. vol. 4, n.º 2 (2002), p. 96 [20/04/21]. Disponível em <https://bit.ly/3es6Bzo>.

<sup>56</sup> Margarida F. de Almeida – *A propósito da amamentação*, 1996/1997, p. 25.

<sup>57</sup> Daniel S. Stern; Nadia Bruschiweiller-Stren; Alison Freeland – *O nascimento de uma mãe: Como a Experiência da Maternidade transforma uma Mulher*. Ambar, 2000, pp. 121-123.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>60</sup> Margarida F. de Almeida..., *op. cit.*, p. 49.

ligação emocional fortíssima ao bebé desde o momento em que constroem a ideia da criança e de família, que vai sendo reforçada ao longo da convivência.

Por outro lado, a ligação gestacional entre mãe e criança não parece prevalecer sobre a ligação biológica com os pais de receção, pois considera-se a primazia do vínculo biológico sobre o gestacional, na medida em que a criança terá uma estrutura psíquica, física e de personalidade que a acompanharão toda a vida, transmitida pelos parentes biológicos<sup>61</sup> e como verificámos, embora haja uma ligação epigenética entre a gestante e a criança, a gestante não altera o ADN da criança.

Ora, embora consideremos que através da verdade biológica e de um critério afetivo os pais seriam os beneficiários<sup>62</sup>, estamos no âmbito da LPMA, que estabelece um critério de vontade para o estabelecimento da filiação; o que significa que a maternidade na gestação de substituição deve ser estabelecida pelo desejo parental do casal beneficiário, e do contrato<sup>63</sup>.

Não é legítimo aceitar que exista um critério de vontade para estabelecer a filiação e afastá-lo para não legitimar a gestação de substituição sustentando que o estabelecimento de maternidade é demarcado pelo parto. Nessa ótica, devemos recorrer ao art. 20.º n.º 1 da LPMA, ou seja, serão o consentimento da técnica de procriação e o projeto parental a determinar o estabelecimento de maternidade<sup>64</sup>.

Esta ideia é convergente com o estabelecimento de paternidade do marido ou unido de facto, da mulher artificialmente inseminada, mas também com o estabelecimento de maternidade num casal de mulheres que recorrem à PMA. No casal de sexo diferente e no casal de mulheres, os progenitores vêm a sua filiação estabelecida através do consentimento. Na gestação de substituição, de forma muito semelhante ao que acontece no estabelecimento de maternidade do casal de duas mulheres, uma gera e dá o seu contributo genético e a outra é mãe apenas pelo consentimento. Da mesma forma, na gestação de substituição a mulher consentirá nessa gestação e verá a maternidade estabelecida através do seu projeto parental e no consentimento nesta técnica de PMA.

---

<sup>61</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima – A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. In *Lusíada. Direito*. [Em linha]. N.º 10 (2012), pp. 275-276 [Consult. 13/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3aDKSUg>.

<sup>62</sup> Mafalda de Sá – O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério. In *Lex Medicinæ: revista portuguesa de direito da saúde*. Instituto Jurídico| Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 30, p. 82.

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima ... *op. cit.*, p. 53.

Na doação de gâmetas, os dadores podem criar uma vontade parental, posteriormente a doarem, mas são afastados da paternidade por não terem qualquer projeto parental em relação à criança, previamente (art. 21.º da LPMA). Esta ideia deve ser extensiva à gestação: os dadores cedem os gâmetas para terceiros procriarem, a gestante gera para um casal se reproduzir, logo não deve ser legítimo que a mulher possa estabelecer a maternidade em seu nome, como não é legítimo com os dadores<sup>65</sup>.

É de referir que uma solução de atribuição de parentalidade aos pais de receção parece coincidir com o superior interesse da criança, que em princípio estará mais protegida com os pais que sempre a desejaram e ultrapassaram a sua infertilidade para ter uma criança, do que com a gestante que não tem ligação biológica à mesma e quis ajudar terceiros<sup>66</sup>.

#### **4 As dúvidas quanto à admissibilidade da gestação de substituição**

A gestação de substituição pode ser analisada de várias formas tendo em conta vários direitos. Nesta dissertação, vamos confrontar direitos de personalidade e fundamentais. Do lado do casal de receção, iremos analisar o direito a constituir família e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; do lado da gestante, a dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito a dispor do próprio corpo; na perspetiva da criança, a sua dignidade humana e o seu superior interesse.

##### **4.1 O direito a constituir família e o direito ao desenvolvimento da personalidade dos beneficiários**

Um argumento favorável à gestação de substituição, é que o recurso a esta técnica de PMA provém do direito a constituir família estabelecido no art. 36.º, n.º 1 da CRP. Mas deve questionar-se se o direito a constituir família pode interpretar-se como um direito à reprodução e conseqüentemente à PMA<sup>67</sup>. O direito a constituir família não tem, somente, um significado

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>66</sup> Jorge Duarte Pinheiro— *O Direito da...*, op. cit., p. 231.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 259

indiscutível, pode significar: um direito ao matrimónio, um direito ao estabelecimento de vínculos de filiação, um direito à procriação<sup>68</sup>.

É de referir, que num primeiro momento, o art. 36.º não foi pensado para uma PMA, mas cremos que a CRP deve acompanhar os tempos modernos para que não se torne desatualizada e seja ultrapassada<sup>69</sup>.

Ainda assim, alguma doutrina invoca que não existe um direito reprodutivo, somente um desejo a procriar<sup>70</sup>.

No Ac. do TC n.º 101/2009, de 3 de março considerou-se existir um direito à procriação, somente no caso em que a biologia o permitisse. Pois não existiria um direito constitucional a pessoas inférteis conceberem, já que o Estado não teria forma de concretizar esse direito diretamente, nem através de terceiros obrigando ao cumprimento de uma prestação nesse sentido<sup>71</sup>. Mas na verdade, o direito à reprodução concederia, somente, ao Estado um fornecimento de meios e não uma obrigação de alcançar resultados<sup>72</sup>.

Em 1992 GUILHERME DE OLIVEIRA<sup>73</sup> considerava que proibir a maternidade de substituição restringiria em certa medida o direito a constituir família, já que a sociedade criaria uma expectativa de poder recorrer a técnicas de reprodução já criadas. No entanto, apontava para a circunstância de que o homem do casal, não estaria impedido de se reproduzir, a proibição da maternidade de substituição apenas impediria que este tivesse filhos com a sua descendência genética e daquela mulher. Por outro lado, alertava para que estando em causa interesses pessoalíssimos, o Direito deveria intervir de forma cautelosa e preventiva, enquanto não se conhecessem os verdadeiros prejuízos da gestação de substituição. Assim, duvidava da imposição constitucional da gestação de substituição com base no art. 36.º, n.º 1 da CRP.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>74</sup>, argumentam que o direito a procriar existe, na medida em que seria atentatório da dignidade humana, por exemplo, impedir alguém de se reproduzir. Mas não consideram que o direito englobe a obrigação da ação do Estado para

---

<sup>68</sup> Vera Lúcia Raposo - De Mãe..., *op. cit.*, p. 75.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 75-76.

<sup>70</sup> Hugo Cunha Lança..., *op. cit.*, p. 74.

<sup>71</sup> AC. DO TC n.º 101/2009, de 3 de março de 2009, Publicado em Diário da República, n.º 64, Série II, a 1 de abril de 2009, p.12452-12472, disponível em: <https://bit.ly/3dQxEpe>.

<sup>72</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima ..., *op. cit.*, p. 260.

<sup>73</sup> Guilherme de Oliveira - Mãe há só..., *op. cit.*, pp. 50-53.

<sup>74</sup> J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira – Constituição da República Portuguesa. 4ª ed. Coimbra Editora, 2007, pp. 859-860.

a concretização de técnicas de PMA. No entanto, defendem que podem existir políticas no sentido de aumentar a natalidade e cuidar a esterilidade.

VERA LÚCIA RAPOSO<sup>75</sup>, entende que o direito de reprodução do homem não fica postergado, quanto ao direito da mulher diferencia entre: a capacidade de produzir gâmetas femininos, mas não gerar; a incapacidade de produzir material genético; e a impossibilidade de realizar ambas as circunstâncias. Refere que, só no caso da mulher conseguir produzir gâmetas femininos embora não possa engravidar, existe uma verdadeira reprodução que está a ser inibida; nos outros casos considera mais questionável que exista um verdadeiro direito reprodutivo que esteja a ser limitado, já que naturalmente a mulher não consegue gerar material reprodutivo. Portanto, no caso da mulher não poder gerar mas sim produzir material genético considera existir efetivamente um direito reprodutivo.

Alguma doutrina<sup>76</sup> sustenta que o direito a constituir família, também, se traduz num direito a procriar através de PMA, já que o art. 67.º, n.º 2, al. e), ao estar inserido no art. sobre a “Família”, claramente indicaria que a PMA seria uma forma de concretizar o direito a constituir família. Ou que a existência de um direito reprodutivo se pode traduzir numa liberdade fundamental de procriação e, portanto, este direito deve ser constitucionalmente e legislativamente protegido<sup>77</sup>.

Por outro lado, o art. 36, n.º 1 da CRP, esclarece que todos têm o direito de constituir família em condições de plena igualdade. Nesta ótica, parece discriminatório permitir a mulheres inférteis que procriem, através de PMA, e não o possibilitar a mulheres que não podem engravidar, limitando-se a liberdade destas mulheres e contrariando o princípio da igualdade<sup>78</sup>

Argumenta-se ainda que o conteúdo essencial do direito à procriação não fica salvaguardado com a adoção, porque embora a adoção tenha um valor enorme para as crianças

---

<sup>75</sup> Vera Lúcia Raposo - De Mãe..., *op. cit.*, pp. 75-77

<sup>76</sup> Jorge Miranda; Rui de Medeiros (coord.) - Constituição Portuguesa Anotada, Vol.1. 2ª ed. Coimbra Editora, 2010.p. 590; CORTE-REAL, Carlos Pamplona – OS EFEITOS FAMILIARES E SUCESSÓRIOS DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA). In CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Menezes; GOMES, Januário da Costa - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles; Marta Costa; Catarina Saraiva Lima..., *op. cit.*, p. 261.

<sup>77</sup> CAMPOS, Diogo Leite - «A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito». In *Revista da Ordem dos Advogados* [Em linha]. Ano 66. Vol. 3 (2006), [Consult.07/10/20] Disponível em <https://bit.ly/32aN29m>; DUARTE, Tiago..., *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>78</sup> Jorge Duarte Pinheiro – *Estudos de direito da família e das crianças*. AAFDL, 2015, pp. 145- 148; Marta Costa; Catarina Saraiva Lima..., *op. cit.*, pp. 261-264.

e para a sociedade, é injusto e impercetível concentrar toda esta responsabilidade, em casais com mulheres que não possam gerar, sendo este grupo minoritário<sup>79</sup>. Por outro lado, a ligação biológica, social- e juridicamente, é um fator extremamente importante<sup>80</sup>, não deve ser menosprezado que o casal possa querer ter uma criança com uma relação biológica com pelo menos um dos pais pois pode não conseguir acolher a criança e considerá-la como filha, se assim não for<sup>81</sup>.

A adoção é, ademais, um processo burocrático, que pode envolver anos até ser concretizado<sup>82</sup>.

É importante constatar que a adoção tem de ser uma decisão extremamente pensada, não é desejável para ninguém, muito menos para as crianças, que estas sejam devolvidas a casas de acolhimento<sup>83</sup>. É necessário ter em conta que a adoção se afasta da gestação de substituição, pelo facto de ter existido um abandono inicial daquela criança, que a fez ficar em regime de acolhimento, que não existe na gestação de substituição<sup>84</sup>. Acresce que podem existir outros traumas nas crianças adotadas relacionados com experiências passadas<sup>85</sup>. Não é linear que as pessoas inférteis tenham que optar pela adoção, porque podem não ter necessariamente capacidade psicológica para lidar com todas estas condicionantes.

A opção pela adoção deve ser livre escolha e não a única solução para casais impossibilitados de gerar. Por um lado, como vimos porque a ligação genética não é necessariamente um “capricho”<sup>86</sup> e porque a adoção é, muitas das vezes, um modo de paternidade mais exigente que tem de convocar uma séria vontade de o fazer e não apenas, uma escolha por ser a única opção de constituir família.

Por fim, é de referir, que independentemente dos diferentes argumentos apresentados pela doutrina que considera que a gestação de substituição tem fundamento no direito a

---

<sup>79</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima..., *op. cit.*, p. 264.; Vera Lúcia Raposo - *De Mãe...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>80</sup> Araújo, F. (1999). *A Procriação Assistida E O Problema da Santidade Da Vida*. Almedina, p. 35.

<sup>81</sup> CORREIA, Mafalda A. L...., *op. cit.* P. 23.

<sup>82</sup> Vera Lúcia Raposo - *De Mãe...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>83</sup> *VIDE*: MARQUES, Ana Cristina - «Foram devolvidas 67 crianças adotadas nos últimos quatro anos». In *Observador* [Em linha]. (2020), p. [20/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3yufGQi>.

<sup>84</sup> GOLOMBOK, Susan [et al.] - «Children Conceived by Gamete Donation: Psychological Adjustment and Mother-child Relationships at Age 7». In *HHS public access* [Em linha]. Vol.25, n.º 2 (2012), pp. 230-239 [Consult.15/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3uFEFP4>.

<sup>85</sup> CORREIA, Mafalda A. L...., *op. cit.* P. 23.

<sup>86</sup> OTERO, Paulo, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, in *Direito & Política, Law & Politics*. Vol. 1: n.º 1 (2012), p. 89.

constituir família (art. 36 n.º 1 da CRP), sustenta-se que esse direito não é ilimitado, podendo ser restringido quando entra em confronto com outros direitos ou interesses fundamentais, devendo tentar salvaguardar-se sempre o conteúdo mínimo do direito, quando possível (art. 18.º, n.º 3 da CRP). A gestação de substituição, não convoca um desejo egoísta e fútil, porque ao estar em causa um direito fundamental - o direito à constituição de família, este só poderia ser afastado por outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2 da CRP) e não por valores morais individuais<sup>87</sup>. Em confronto estaria o direito da mulher gestante<sup>88</sup> e o superior interesse da criança, que é o direito mais importante em confronto (art. 67.º, n.º 2, al. d da CRP)<sup>89</sup>. Vários arts. marcam a maior relevância do superior interesse da criança no cerne da família, em relação com os direitos dos restantes familiares [arts. 36.º, n.ºs 5, 6 e 7, art. 67.º, n.º 2 alínea d) e art 69.º, n.ºs 1 e 2 da CRP]<sup>90</sup>.

O Ac. 225/2018 entende que legitimar a gestação de substituição não é necessariamente exigível pelo art. 36.º, n.º 1 da CRP que respeita ao direito de constituir família, mas não tem dúvidas que uma opção legislativa de permissão da gestação de substituição, a título excepcional, é uma decisão a favor de direitos constitucionalmente previstos e, portanto, só deverá ser proibida se forem encontrados argumentos consistentes, nesse sentido<sup>91</sup>.

Ter filhos é ainda uma expressão do direito ao desenvolvimento de personalidade, é uma das formas da pessoa concretizar os seus desejos mais profundos<sup>92</sup>. Há doutrina que alega que a procriação não é uma forma de direito ao desenvolvimento da pessoa porque advém de uma imposição social e não biológica ou psíquica. No entanto, mesmo que assim se considere, constata-se que a maioria dos direitos fundamentais advém de conceções culturais<sup>93</sup>. Mais, a procriação, ao contrário do que sabemos em relação aos animais, não é um mero ato sexual, mas uma forma de realização pessoal<sup>94</sup>. Aliás, denota-se que a reprodução não advém só de

---

<sup>87</sup> Vera Lúcia Raposo – «Quando a cegonha chega por contrato». In *Boletim da Ordem dos Advogados*. (2012), pp 26-27 [Consult. 05/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3jpHyAY>.

<sup>88</sup> Hugo Cunha Lança..., *op. cit.*, p. 74.

<sup>89</sup> Jorge Duarte Pinheiro – *O Direito da...*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>90</sup> Jorge Duarte Pinheiro – *Estudos de...*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>91</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1911.

<sup>92</sup> Vera Lúcia Raposo – *O Direito à Imortalidade: o Exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto Jurídico do embrião in vitro*. Almedina, 2014, p. 253.

<sup>93</sup> *Idem*.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 254.

uma imposição sociocultural, porque em regimes em que se tentou conter a reprodução de certos grupos de pessoas, a procriação continuou, apesar da opressão social<sup>95</sup>.

A IVG também é uma expressão de autonomia e autodeterminação, resultante do direito ao desenvolvimento de personalidade da mulher<sup>96</sup>. Não se compreende porque foi reconhecida uma tão grande importância no direito ao desenvolvimento da personalidade, na “vertente negativa dos direitos reprodutivos” enquanto na PMA se argumenta que deve prevalecer a “vida não nascida”<sup>97</sup>.

O direito ao desenvolvimento da personalidade é expressão direta da dignidade humana e por esse motivo, quando se aborda a dignidade humana não se pode deixar de ter em conta este direito, que define mais concretamente o direito base da CRP<sup>98</sup>. A dignidade humana liga-se à ideia de liberdade; este conceito de liberdade é sobretudo aclarado no direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1)<sup>99</sup>.

Este princípio, pressupõe que a pessoa toma decisões tendo por base a sua autodeterminação através da sua personalidade livre e das suas escolhas individuais. O que significa que o Estado não pode impor qualquer tipo de personalidade e, por outro lado, que a liberdade de ação da pessoa deve ser protegida na sua integridade. A integridade engloba as escolhas de vida e vocações próprias da pessoa que devem ser protegidas e também, o direito ao desenvolvimento da personalidade engloba uma dimensão dinâmica no sentido de enriquecimento da personalidade (esta ideia retira-se da interpretação consentânea com o art. 69.º, n.º 1, mas também do art. 73.º, n.º 2)<sup>100</sup>.

O desenvolvimento da personalidade engloba, portanto, direitos como a “liberdade contratual e a autonomia privada”, mas também as concretas opções de vida, seleções profissionais, escolhas de constituição de família, entre outras<sup>101</sup>. A ideia de “pluralidade democrática, dignidade humana, desenvolvimento da personalidade e identidade pessoal”

---

<sup>95</sup> *Idem*.

<sup>96</sup> AC. DO TC n.º 288/98, de 17 de maio de 1998, Publicado em Diário da República, n.º 91/1998, 1º Suplemento, Série I-A de maio de 1998, p. 1714-(21), disponível em: <https://bit.ly/3gAk379>.

<sup>97</sup> Vera Lúcia Raposo – *O Direito...*, *op. cit.*, p. 254.

<sup>98</sup> J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira ..., *op. cit.*, p. 463.

<sup>99</sup> Jorge Miranda – *Direitos Fundamentais*. 3º ed. Almedina, 2020, p. 244.

<sup>100</sup> J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira ..., *op. cit.*, pp. 263-264.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pp. 464 e 465.

implicam que se respeite a liberdade e opções de vida de cada um, longe de imposições jurídicas<sup>102</sup>.

O facto de o direito ao desenvolvimento da personalidade não conter uma cláusula restritiva significa que a amplitude da liberdade deve ser apenas limitada, na mesma medida que se aplicam restrições a outros direitos, liberdades e garantias que não apresentam reservas<sup>103</sup>.

No entanto, é de reforçar que a consideração que devemos ter pela individualidade de cada um, pressupõe a igualdade de cada ser (art. 13.º, n.º 1), qualquer pessoa “tem de ser compreendida em relação com as demais”, inseridas numa sociedade<sup>104</sup>.

## **4.2 A dignidade humana, o direito ao desenvolvimento de personalidade e o direito a dispor do próprio corpo da gestante**

### **4.2.1 A dignidade humana e o direito ao desenvolvimento de personalidade**

A base da nossa República apoia-se no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP). No que respeita, em concreto, ao tema da “criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica” esclarece o art. 26.º, n.º 3 da CRP que este terá de ser apoiado num princípio de dignidade pessoal, tal como o artigo 67.º, n.º 2, al. e) da CRP refere que a regulação da procriação assistida tem de ter em conta a dignidade da pessoa humana<sup>105</sup>. Muitas vezes alega-se que a gestação de substituição contraria a dignidade da gestante, e nessa medida teria de ser proibida.

A dignidade deve ser compreendida como um princípio que absorve os outros direitos constitucionalmente previstos, tais como o direito à vida, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à integridade física e identidade genética e também o direito à igualdade, na medida em que se considera que toda e qualquer pessoa humana tem igual

---

<sup>102</sup> Jorge Miranda; Rui de Medeiros (coord.) ... *op. cit.*, p. 448.

<sup>103</sup> José Melo Alexandrino, - A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa: A Construção Dogmática, Vol. 2. Almedina, 2006, p. 502.

<sup>104</sup> Jorge Miranda – Direitos..., *op. cit.*, pp. 246-247.

<sup>105</sup> Jorge Duarte Pinheiro – *Estudos de...*, *op. cit.*, pp. 140-147.

dignidade<sup>106</sup>, com a dimensão principal de não permitir que uma pessoa seja instrumentalizada em nome de fins que não os seus<sup>107</sup>.

KANT<sup>108</sup> distingue seres racionais e irracionais com a seguinte premissa: racional é aquele que é fim em si mesmo e irracional aquele que é empregue como meio. A dignidade humana consistiria então na existência da pessoa como fim em si mesmo, o que implicaria que o Homem, mesmo ao agir em prole de terceiros, nunca poderia prescindir do seu fim objetivo. O arbítrio seria limitado pela dignidade, que é absoluta.

No entender de GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, o princípio da dignidade humana é normativo, absoluto, mas não autónomo. É normativo porque implica que a pessoa não possa ser instrumentalizada em nome de fins que não os seus; é absoluto porque é pressuposto e limite de todas as ponderações ou seja, é um princípio que não pode ser ponderado e violado. Não é um princípio de aplicação autónoma porque não se pode aplicar só por si a ideia de não-instrumentalização da pessoa. Ou seja, este princípio deve ser aplicado em conjugação com outros princípios ou normas de direitos fundamentais com conteúdo mais densificado, o que significa que a instrumentalização da pessoa pode não implicar a violação de dignidade humana. A norma é aplicada no princípio da proporcionalidade, como um limite deontológico onde se pesam benefício e desvantagem, essencialidade ou ocasionalidade do conflito<sup>109</sup>.

Significa isto que este princípio não deve ser pensado como uma proibição de instrumentalização, mas sim articulado com outros direitos fundamentais, pois não se aplica diretamente, resulta antes de uma ponderação de valores<sup>110</sup>.

A questão que surge com a gestação de substituição é a de saber se uma pessoa pode ser limitada na sua liberdade, para evitar a instrumentalização da pessoa por si mesma<sup>111</sup>. É importante perceber a existência de duas interpretações possíveis do princípio em causa: a dignidade humana pode ser interpretada como perfeccionista, ou seja, basear-se na conceção de “perfeição pessoal”, na ideia de que a dignidade está nos valores que guiam as opções e escolhas pessoais, e que a liberdade individual pode ser limitada quando a pessoa põe em causa a sua

---

<sup>106</sup> J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira..., *op. cit.*, pp. 198 e 859-860.

<sup>107</sup> Jorge Miranda; Rui de Medeiros (coord.) ... *op. cit.*, p. 67.

<sup>108</sup> Immanuel Kant – Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Edições 70, 2008, pp. 65-67.

<sup>109</sup> AC. DO TC n.º 225/2018....., *op. cit.*, p. 1951

<sup>110</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» - *Idem*.

<sup>111</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» - *Idem*.

dignidade<sup>112</sup>. A outra interpretação liberal da dignidade da pessoa humana não permite que se limite a liberdade da própria pessoa contra si mesma<sup>113</sup>: esta ideia parte da convicção que num sistema democrático baseado na dignidade humana todos os direitos se têm de articular com o direito ao desenvolvimento da personalidade. Os valores ditos “bons” não podem ser forçados porque ninguém pode obrigar uma pessoa a viver e respeitar a sua dignidade humana; estar-se-ia a tratar a pessoa como meio para o alcance de uma idealização de vida. Limitar a pessoa na sua liberdade seria violar a sua dignidade<sup>114</sup>.

A liberdade também existe num sentido positivo. Segundo Sócrates e através de Platão, a ausência de liberdade jaz na impulsão, ou seja, a pessoa incapaz de agir de acordo com a sua racionalidade viveria sem liberdade. A liberdade positiva seria, portanto, a de agir de acordo com a racionalidade, aprendida através do próprio saber ou do acatamento de valores dos “virtuosos”<sup>115</sup>.

No entanto, a ordem constitucional prioriza a liberdade negativa em relação à positiva, pois toma-se como princípio que o indivíduo é livre nas suas opiniões e escolhas de vida, sem interferência nas suas opções ou limite à sua liberdade, embora a liberdade positiva seja importante em correlação com a ideia de interioridade e pluralismo<sup>116</sup>.

A ideia de interioridade advém do valor intrínseco da pessoa humana, provém da capacidade do indivíduo se autodeterminar, ou seja guiar-se pelas suas próprias ideias e valores, independentemente da forma como os adquire. Neste sentido, a dignidade humana tem de pressupor a liberdade de agir. Argumentar que se deve limitar a liberdade para proteger a dignidade humana é contraditório, pois a dignidade humana baseia-se na ideia de autodeterminação da pessoa. É impossível garantir que uma pessoa se comporte de acordo como a ideia de dignidade pessoal, por isso o sentido da dignidade humana não pode ser outro que não a ideia de liberdade individual<sup>117</sup>.

Por outro lado, pluralismo implica que o respeito pela pessoa passe pelas suas convicções; não se pode obrigar através de leis a um caminho de virtude. A ideia de perfeição

---

<sup>112</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» no *Ibid...*, p. 1952.

<sup>113</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» - *Idem*.

<sup>114</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» no AC. DO TC n.º 123/2021, de 12 de março de 2021, Publicado em Diário da República, n.º 70/2021, Série I, de 12 de março de 2021, pp. 5-93, disponível em: <https://bit.ly/3gzBl3B>, p. 87.

<sup>115</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» - *Ibid.*, pp. 87 e 89.

<sup>116</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» - *Ibid.*, p. 88.

<sup>117</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» no Ac. 2018 AC. DO TC n.º 225/2018... *op. cit.*, p. 1952.

pessoal não se enquadra na “razão pública”, pelo que não se pode restringir a liberdade através de normas com fundamento no respeito pela dignidade da pessoa humana<sup>118</sup>.

A ideia de liberdade positiva teve uma alteração profunda com a importância dada aos conceitos de interioridade e pluralismo e passou a interpretar-se como forma de prestação por parte da autoridade pública, que deve garantir que o agente tome decisões livres, refletidas, esclarecidas e sustentadas<sup>119</sup>.

A liberdade compreende portanto uma dimensão negativa, a da autoridade pública a abster-se de impedir a liberdade de ação individual, e uma positiva, de prestação, que protege a pessoa para que forme uma convicção esclarecida e inteligível<sup>120</sup>.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>121</sup> acompanham a perspetiva da dignidade humana relacionada com a ideia de liberdade individual e autodeterminação da pessoa, que implica uma dimensão de fornecer prestações para que a pessoa se possa desenvolver de acordo com as suas mais recentes reivindicações. Por outro lado, sublinham a importância da reciprocidade, já que cada indivíduo tem de reconhecer dignidade aos outros para que a dignidade humana seja respeitada.

A questão da dignidade humana da gestante coloca-se como verificámos, porque se perspetiva que a mulher pretere a sua dignidade humana através da liberdade. Como prevê a LPMA, a gestante suporta a gravidez sendo uma mulher exterior ao casal. A palavra suportar carrega em si sofrimento e é importante não olvidar que a gravidez pode ser um fenómeno difícil<sup>122</sup>. A mulher, aquando da entrega da criança, poderá estar-lhe ligada e vir a sofrer com a dita entrega<sup>123</sup>.

Esta doutrina entende que se está a preterir a dignidade humana em nome de uma falsa liberdade e da criação de vida, assente numa interpretação falseada da ciência e da técnica. Ao considerar a mulher gestante como uma mera incubadora, esta não é tratada como pessoa com fim em si mesma<sup>124</sup>, já que está a agir no interesse de terceiros em terem um filho. Sustenta-se que existem diversos exemplos de limites à livre disposição do corpo, que não interferem com terceiros e são proibidos, como é o caso de ofensas à integridade física grave, duelos e

---

<sup>118</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» - *Idem*.

<sup>119</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» no AC. DO TC n.º 123/2021..., *op. cit.*, p. 89.

<sup>120</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» - *Ibid.*, pp. 89 e 90.

<sup>121</sup> J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira ..., *op. cit.*, p. 199.

<sup>122</sup> Hugo Cunha Lança..., *op. cit.*, p. 71.

<sup>123</sup> Vera Lúcia Raposo- De Mãe..., *op. cit.*, p. 49.

<sup>124</sup> Paulo Otero..., *op. cit.*, pp. 85-86.

comercialização de órgãos. Nesta ótica considera-se que a gestação de substituição convoca uma interrogação séria, na medida em que a relevância dada ao ato de gerar é cada vez mais valorizada, tanto no que de biológico como emocional implica<sup>125</sup>.

Esta ideia advém de uma interpretação da dignidade humana perfeccionista; como verificámos na interpretação liberal da dignidade humana não existe obviamente uma liberdade total, por isso os exemplos dados não são permitidos já que destas ações não se retira um juízo esclarecido e inteligível por terceiros.

Por outro lado, um estudo<sup>126</sup> com gestantes britânicas no contexto da lei do Reino Unido, demonstrou que a maioria das mulheres passado 10 anos de efetuarem uma gestação de substituição não apresentavam sinais psicológicos negativos, antes bem-estar psicológico e boa autoestima, sentiam-se bem quando pensavam na criança e queriam manter o contato com ela; mesmo aquelas que já não tinham qualquer contato desejavam um dia vir a conhecê-las.

Defendemos que o Estado não deve ter uma função paternalista mesmo que considere que a melhor opção para a mulher não seja essa, pois quem toma a opção de gerar para terceiros é alguém racional, capaz de optar e de determinar o seu comportamento de acordo com os seus valores. Ao assegurar a liberdade e autonomia de decisão da mulher não se põe em causa a dignidade da mesma<sup>127</sup>.

Numa diferente perspetiva, sustenta-se que o consentimento inicial na gestação de substituição não seria esclarecido, porque dado de forma prévia à gravidez e que a gestante não saberia no que estava a consentir, pois as gravidezes são sempre “únicas” e de impossível previsão, tal como o potencial vínculo afetivo que se crie<sup>128</sup>. Ora, embora seja verdade, uma forma de acautelar esta situação é permitir somente a mulheres que já tenham tido previamente um filho a possibilidade de se candidatarem a gestantes. Estas teriam já uma experiência vivida e saberiam o que se poderia esperar, física e emocionalmente, numa gravidez<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Hugo Cunha Lança..., *op. cit.*, pp. 75-77.

<sup>126</sup> V. Jadva; D. Imrie; S. Golombok- «Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child». In *Human Reproduction* [Em linha]. Vol. 30, n.º2 (2015), pp. 373-379 [Consult. 02/11/20]. Disponível em: <https://bit.ly/3xi753X>. De referir que a amostra analisada não é representativa e, portanto, poderá não ser extensível às restantes mulheres gestantes em Inglaterra e noutros países. Mas, também, não é linear invocar que existe uma real consequência nefasta para a gestante.

<sup>127</sup> Vera Lúcia Raposo, “Quando a...”, *op. cit.*, p. 27.

<sup>128</sup> Maria Margarida Silva Pereira – «GERAR UMA CRIANÇA PARA OUTROS: DO GHETTO E DO GINECEU À AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE DE GÉNERO E DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS». In *RJLB* [Em linha]. Ano 4, n.º 3 (2018), p. 1607 [Consult. 20/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3tipvPq>.

<sup>129</sup> Vera Lúcia Raposo - De Mãe..., *op. cit.*, p. 65;

Por outro lado, de acordo com o TC Ac. 225/2018, de 24 de abril, as normas da LPMA, acautelavam eficientemente a gestante no que toca ao acesso à informação e proteção da dignidade<sup>130</sup>. A LPMA previa que a gestação de substituição só pudesse ser realizada em centros autorizados, por pessoas qualificadas, não se autorizando a doação de ovócitos pela gestante; o negócio requeria autorização e supervisão do CNPMA e audição da Ordem dos Médicos que apenas seria dada nas circunstâncias elencadas no n.º 2 do art. 8.º da LPMA (art. 8.º, n.º 4 da LMPA). O consentimento tanto da gestante como dos pais beneficiários seria dado de forma autónoma, mediante a presença de médico responsável, de forma expressa, livre, esclarecida e escrita. Os beneficiários teriam de consentir num documento aprovado pelo CNPMA com informação sobre as vantagens e perigos de recorrer à técnica em questão e implicações sociais, legais e éticas relativas à gestação de substituição e influência que a gestante causaria na criança durante a gestação e parto. As partes deviam conhecer das questões médicas, sociais e jurídicas que a gestação de substituição levanta e advertidas dos motivos que suscitasse a oposição à técnica de PMA. Seria dado a conhecer ao casal beneficiário a possibilidade de recorrerem ao instituto da adoção, condições e vantagens sociais para o fazerem.

Os esclarecimentos devem ser o mais exaustivos possível<sup>131</sup>, pois a vontade tem de ser esclarecida, o que significa que a gestante tem de conhecer perfeitamente pelo que vai passar e o que poderá suceder; saber, em concreto, os riscos que uma gravidez e um parto implicam, mas também a dificuldade que poderá sentir a nível emocional pela ligação que poderá criar na gestação. Para isto, tem de ter acesso livre a toda a informação e a sua decisão tem de ser ponderada com consciência de todas as implicações decorrentes da escolha.

A avaliação psicológica da mulher que pretende gerar para terceiros foi estabelecida no DR n.º 6/2017, no art. 2.º, n.º 9, e seria de extrema importância para detetar questões de perturbação da vontade, pressões e coerções do casal ou de terceiros. Um estudo e trabalho aprofundado por terapeutas da área familiar seria muito útil ao diagnóstico das motivações da gestante<sup>132</sup>.

O TC no Ac. 225/2018, de 24 de abril<sup>133</sup> não considerou existir uma degradação da dignidade humana através do contrato de gestação de substituição, já que seria a mulher que

---

<sup>130</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1913.

<sup>131</sup> CNECV - RELATÓRIO SOBRE PROCRIAÇÃO..., *op. cit.*, p. 37.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>133</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1912;

por meio da sua livre autodeterminação escolheria integrar-se no projeto parental de terceiros impossibilitados de gerar (art. 26.º, n.º 1 da CRP). No entanto, entendeu que a dignidade da mulher só estaria protegida se o contrato fosse gratuito, já que tal garantiria a sua não-instrumentalização, pois os motivos para ser gestante de substituição seriam o altruísmo, amor ou dádiva, o que protegeria a exploração da mulher carenciada.

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO<sup>134</sup> critica esta opção pelos argumentos apresentados anteriormente, ou seja, explicita que lhe parece que o TC seguiu aqui uma interpretação perfeccionista da dignidade humana, ao considerar que seria uma elevação moral da mulher, não receber nada em troca da gestação e do parto para os beneficiários inférteis poderem ter filhos, i.e. que a motivação altruísta seria o oposto da violação da dignidade humana porque glorificaria a mulher perante si e terceiros. Ora de acordo com uma interpretação liberal da dignidade humana, a motivação da gestante deve ser completamente irrelevante para proteger a sua dignidade, pois a sua liberdade tem de ser respeitada independentemente dela.

PAULO OTERO considera que a gestação de substituição contraria a natureza humana, porque o corpo humano é tratado como propriedade que se pode alienar<sup>135</sup>. A gestação de substituição onerosa é muitas vezes comparada à prostituição, compara-se a exploração do corpo da mulher em troca de um pagamento. Argui-se que tal como na prostituição a mulher é tratada como coisa, no caso uma produtora de bebés; a mulher gera um bebé no seu corpo com o qual cria uma relação íntima com ele, apesar de não ser seu, para seu sustento e necessidade ou por consumismo. Neste entendimento não parece existir uma verdadeira escolha da mulher, mas sim de quem paga para benefício próprio<sup>136</sup>.

Ora, talvez seja importante denotar que qualquer trabalho é um “aluguer” da nossa capacidade intelectual ou corporal<sup>137</sup> e que esta ideia de exploração não evidencia que seja possível que na gestação de substituição não exista dano para a gestante e que se possa celebrar uma gestação onerosa com vantagens para ambas as partes<sup>138</sup>.

Contra a gestação de substituição onerosa, aponta-se muitas vezes o vício no consentimento da gestante. Invoca-se que a mulher só aceita passar por uma gestação de

---

<sup>134</sup> *Ibid*, p. 1952.

<sup>135</sup> Paulo Otero..., *op. cit.*, p. 86.

<sup>136</sup> Hugo Cunha Lança..., *op. cit.*, p. 76.

<sup>137</sup> F. Araújo – A Procriação ..., *op. cit.*, p. 29.

<sup>138</sup> Laura M. Purdy - «Surrogate mothering: exploitation or empowerment?». *In Bioethics*. Vol. 3, n.º 1 (1989), pp. 18-34 *apud Ibid.*, p. 30.

substituição pelo lucro, o que a impede de tomar uma decisão livre e consciente. No entanto, a tentação monetária faz parte de qualquer negócio, e nunca poderá ser esse o argumento que vicia a vontade de uma parte em qualquer acordo<sup>139</sup>. A gratuidade prevê a existência de uma relação familiar com os beneficiários, mas a ideia de que o mercado comercial é um centro de exploração, e a família um de virtude e altruísmo é algo ilusória, pois se é verdade que na família não existe compulsão económica, poderá existir compulsão emocional<sup>140</sup>. É possível pensar na dificuldade de uma mãe ou de uma irmã em não aceitar gerar uma criança, tendo assistido a todo o sofrimento de uma pessoa incapaz de gerar<sup>141</sup>.

Outro argumento utilizado contra o contrato de gestação a título oneroso é a exploração de mulheres mais abastadas por outras mais carentes economicamente. Mas noutro sentido estatui-se que mesmo admitindo uma superioridade económica do casal beneficiário em relação à gestante, tal não constitui uma exploração, já que a entidade patronal e os trabalhadores não estão, em geral, numa posição de igualdade. Além de que, a ideia de exploração em massa de mulheres desabonadas por mulheres ricas, fica salvaguarda pela obrigação de demonstração da situação clínica da mulher que queira recorrer a uma gestação de substituição<sup>142</sup>.

Por outro lado, esta ideia de exploração é já acautelada na lei através da usura, que é um vício do consentimento do negócio jurídico, a usura é proibida pelos arts. 282.º e 283.º do CC e preocupa-se precisamente em proteger a parte que esteja em posição de inferioridade e que, portanto, veja a sua liberdade posta em causa pela outra parte que contrariando a boa-fé (art. 227.º do CC) se aproveite da parte mais desprotegida, o que põe a justiça interna do contrato em causa. A usura implica que a parte vulnerável aceite um negócio desequilibrado economicamente ou que não consiga resistir a praticá-lo<sup>143</sup>.

Noutra perspetiva, argumenta-se ainda que a comercialização deste contrato poderia suscitar um mercado de mulheres gestantes, que funcionaria em função do preço, levando a uma publicitação de mulheres mais aptas e mais caras ou mais baratas<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Guilherme de Oliveira - Mãe há só..., *op. cit.*, pp. 31 e 32.

<sup>140</sup> «Declaração de voto do Juiz Conselheiro GAR» no AC. DO TC n.º 225/2018....., *op. cit.*, p. 1953.

<sup>141</sup> Hugo Cunha Lança..., *op. cit.*, p. 12.

<sup>142</sup> Guilherme de Oliveira - Mãe há só..., *op. cit.*, pp. 26 a 29.

<sup>143</sup> Pedro Pais de Vasconcelos; Pedro Leitão Pais de Vasconcelos – *Teoria Geral do Direito Civil*. 9ª ed. Almedina, 2019, pp. 624 a 627.

<sup>144</sup> Guilherme de Oliveira - Mãe há só..., *op. cit.*, pp. 43 e 44

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO<sup>145</sup>, não considera que no contexto português, diferente de países onde a maioria da população é pobre<sup>146</sup>, se devam implementar medidas cautelares para precaver esta ideia de exploração, até porque a lei n.º 25/2016 teve a preocupação de pôr o CNPMA a fiscalizar e acompanhar os contratos, e o art. 8.º, n.º 6 da LPMA também acautelou esta ideia com o afastamento de negócios de gestação de substituição celebrados entre partes em que exista uma subordinação económica. Mas considera que se, potencialmente, se viesse a desenvolver um mercado de gestantes de substituição a lei deveria ser densificada.

A ideia de exigir uma idade mínima para ser gestante de substituição, por exemplo ter pelo menos 25 anos, já ter tido uma criança, ter acompanhamento jurídico e psicológico parece adequada para uma proteção da dignidade da gestante, mas considerar que a onerosidade implica sempre uma violação da dignidade humana parece desproporcional.

De denotar que mesmo nos países em que a onerosidade da gestação de substituição é proibida, como é o caso do Reino Unido, os Tribunais têm permitido que os beneficiários paguem às gestantes valores bastante acima das suas despesas. O que demonstra que a ideia da retribuição parece em boa verdade justa e necessária<sup>147</sup>.

VERA LÚCIA RAPOSO defende que os efetivos incómodos que a mulher gestante atravessa neste processo devem ser recompensados pelos beneficiários<sup>148</sup>. A gestação pode ter impactos numa carreira ou estudos, não apenas durante e após parto, mas mesmo em momento anterior, podendo ser mais difícil encontrar emprego porque se está a gerar; há também

---

<sup>145</sup> AC. DO TC n.º 225/2018....., *op. cit.*, p. 1956.

<sup>146</sup> Vide: Calum Mackellar - «Selling surrogacy is a step towards slavery as women are dehumanised: Proposals may soon be made to the Westminster parliament to enable a commercial surrogacy system in the UK». In *The Scotsman* [Em linha]. (2019), [03/09/20]. Disponível em: <https://bit.ly/3vswN5>; Pyali Chatterjee – «Human Trafficking and Commercialization of Surrogacy in India» In *European Researcher* [Em linha]. Vol. 85, n.º 10-2 (2014), [03/09/20]. Disponível em: [file:///C:/Users/inesa/Downloads/Human\\_Trafficking\\_and\\_Commercialization\\_of\\_Surroga.pdf](file:///C:/Users/inesa/Downloads/Human_Trafficking_and_Commercialization_of_Surroga.pdf), pp. 1835-1837; Julie Bindel – «Outsourcing pregnancy: a visit to India's surrogacy clinics» In *The Guardian* [Em linha]. (2016), [04/09/20]. Disponível em: <https://bit.ly/3sQtRfN>, p. 19-21; UN Human Rights Council, 6, Geneva, 2018 – Surrogacy and the sale of children: sumário. Geneva: UN Human Rights, 2018: que demonstram como a gestação de substituição tornou-se uma forma de tráfico, exploração e coerção para as mulheres gestantes em países mais desfavorecidos.

<sup>147</sup> Vera Lúcia Raposo - «Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)». In *Revista do Ministério Público*. Ano 38, nº 149 (2017), p. 42.

<sup>148</sup> *Idem*.

gravidezes que não permitem que a mulher trabalhe enquanto gera<sup>149</sup>. Se o Código Civil protege no art.1676.º, n.º 2 o cônjuge que em prol da vida familiar abdica de ganhos importantes na sua vida profissional, oferecendo uma compensação por parte do outro cônjuge para colmatar esta questão, não faz sentido que não proteja a gestante que tenha perdido ganhos consideráveis para a concretização de desejos de vida de terceiros<sup>150</sup>.

VERA LÚCIA RAPOSO acredita que a lei deveria obrigar os beneficiários a pagar um seguro de saúde à gestante que acautelasse os danos sérios que podem surgir na gestação e parto já que, sendo a gestação de substituição uma prestação de serviços, os danos que advém dessa prestação deveriam, tal como ocorre nas restantes prestações de serviço, ser acautelados pela contraparte<sup>151</sup>.

Acresce que o pagamento à gestante de forma indireta não deixa de ser uma *probatio diabolica*. A lei obriga a uma exposição dos valores devidos à gestante correspondentes à despesa com a gravidez, mas definir valores num momento anterior à gestação é ilusório. Além de que, um casal numa situação económica saudável não se absterá de prover à gestante quaisquer oferendas se acreditar que tal irá melhorar a sua qualidade de vida gestante e, consequentemente a do bebé. É utópico acreditar na impossibilidade de conferir benesses à gestante num qualquer futuro<sup>152</sup>.

Por fim, é de referir que GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO<sup>153</sup> argumenta ser inconstitucional não admitir a onerosidade destes negócios pelo corolário do direito a constituir família e do livre desenvolvimento da personalidade, porque considera que a gestação de substituição faz parte da autodeterminação do indivíduo e tem de ser respeitada pelo legislador. Ora ao não se retirar evidências negativas para terceiros desta prática, nem uma “razão pública” sustentada que afaste o pagamento, parece não existir justificação para se restringir direitos, liberdades e garantias, nem optar por uma construção legislação faseada e preventiva.

---

<sup>149</sup> Maria Margarida Silva Pereira – «GERAR UMA... *op. cit.*, p. 1614.

<sup>150</sup> *Ibid.*, pp. 1614 e 1615.

<sup>151</sup> Vera Lúcia Raposo - «Tudo aquilo..., *op. cit.*, p. 43.

<sup>152</sup> Maria Margarida Silva Pereira - «Uma gestação..., *op. cit.*, pp. 21 e 22.

<sup>153</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, pp. 1953 e 1954.

#### 4.2.2 O direito a dispor do próprio corpo

Uma limitação ao exercício de um direito de personalidade (como o da integridade física, art. 70.º, n.º 1 do CC), apenas poderá existir se provier de uma vontade consubstanciada num ato jurídico e por um período delimitado<sup>154</sup>.

O art. 81.º, n.º 1, impõe que esta limitação não seja contrária à ordem pública, na verdade, esta exigência já provém do art. 280º e 294.º do CC, nenhum negócio pode contrariar a ordem pública, bons costumes, a lei, e o objeto ser indeterminável<sup>155</sup>.

A integridade física é livremente disponível para efeitos de consentimento (art. 149.º do CP), para tal não pode contrariar os bons costumes e vai depender dos motivos, dos fins, dos meios utilizados e da amplitude previsível e objetiva da ofensa (art. 149.º, n.º 2 do CP)<sup>156</sup>. V.g.: cirurgias estéticas, atividades competitivas, como desportos de combate, “a participação voluntária em experiências científicas, terapêuticas e médicas; bem como de exposição voluntária a doenças infectocontagiosas (para efeitos de prestação de cuidados e assistência)”<sup>157</sup>, a realização de piercings e tatuagens, sessões de depilação, frequentar solários, que queimam a pele<sup>158</sup>.

É possível consentir na doação de órgãos, tecidos e células para transplante, desde que o transplante tenha um fim terapêutico para o doente, não exista outra forma de tratar o paciente e não haja consequências graves e definitivas no dador<sup>159</sup>.

Também é lícito consentir em recorrer a técnicas de PMA e em ser dador de gâmetas. De referir que o dador tem de ser informado das implicações e das consequências do que pretende realizar e os beneficiários têm de ter presente: as implicações para a criança; para a sua saúde psicológica; o investimento económico difícil de prever; a falta de intimidade de vida privada que irão sentir; ser informados da possibilidade de recorrer à adoção<sup>160</sup>

---

<sup>154</sup> Ana Filipa Morais Antunes - *Comentário aos artigos 70º a 81º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*. Universidade, 2012, pp. 232-233.

<sup>155</sup> *Ibid.*, pp. 232 e 234.

<sup>156</sup> P. P. de Albuquerque..., *op. cit.*, pp. 572-573.

<sup>157</sup> Ana Filipa Morais Antunes..., *op. cit.*, p. 236.

<sup>158</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima ... *op. cit.*, p. 264.

<sup>159</sup> P. P. de Albuquerque..., *op. cit.*, p. 574.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 576.

O corpo humano compõe a pessoa e como tal, a pessoa é quem o comanda<sup>161</sup>. No entanto, não é consensual na doutrina, que a livre disposição do corpo seja um direito fundamental, mas é decerto uma expressão da autonomia privada. O que significa que as restrições que se lhe poderiam aplicar seriam maiores, por obedecerem ao CC (art. 280.º, n.º 2), do que se tivesse em causa um direito fundamental (art. 18.º, n.º 2 da CRP)<sup>162</sup>. Quem adote esta posição, tem de ter presente que o que há de mais pessoal no ser humano é precisamente o seu corpo, e assim sendo, o Estado deve intervir com cautela e nunca por considerações pessoais que detenha<sup>163</sup>.

Em Portugal admitem-se vários atos de disposição do corpo<sup>164</sup> como a doação de gâmetas masculinos e femininos, de sangue, de pele, de medula óssea, do rim. Também, se aceita a pornografia (com exceção da pornografia infantil, art. 176.º do CP), embora possa impressionar algumas pessoas, a questão é se existe ou não uma contrariedade à ordem pública e aos bons costumes. Por sua vez, a prostituição, muitas vezes comparada à gestação de substituição, não é expressamente proibida, nem penalmente condenável.

Ou seja, em geral, parece que o Estado prefere não intervir na decisão do agente em disponibilizar o seu corpo livremente, desde que tal não implique a intromissão em direitos de terceiros ou a coisificação da pessoa<sup>165</sup>.

Não se compreende como é que o Estado possa considerar que doar gâmetas, que implica, necessariamente, que toda a vida aquela criança e aquele dador terão uma conexão genética, possa ser menos perturbador do que uma mulher gerar uma criança para outros. Por outro lado, não se entende como é que disponibilizar relações sexuais possa ser mais aceitável, do que gerar uma criança para uma mãe infértil<sup>166</sup>.

Observando as disposições do art. 80.º, n.º 1 e 280.º do CC, não existe nenhuma lei que proíba expressamente a gestação de substituição; a limitação do direito de disposição do corpo é determinável, durando o tempo da PMA até ao parto. Pelo que observamos *supra*, a ordem pública não é posta em causa por uma aprovação deste regime, pois a ilicitude existe quando

---

<sup>161</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima... *op. cit.*, p. 265.

<sup>162</sup> *Idem.*

<sup>163</sup> *Idem.*

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 266-267.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>166</sup> *Idem.*

há contrariedade a “um princípio geral que se deduz de um sistema de normas imperativas”<sup>167</sup> e de uma análise sistemática, não concluímos que se extraia que a OJ portuguesa não possa admitir a gestação de substituição. Em relação aos bons costumes, dir-se-á que as práticas sexuais referidas parecem mais contraditórias ao nosso código ético e são aceites, existem hoje várias famílias diferentes, nomeadamente aquelas que provêm de técnicas de PMA.

### 4.3 As cláusulas de estilo de vida

O art. 8.º, n.º 11 da LPMA, estabelece a não imposição no contrato de normas restritivas de comportamentos à gestante e que atentem contra os direitos, liberdade e dignidade da gestante. Mas esta não é uma solução consensual.

O CNECV em 2012, propunha que a gestação de substituição não implicasse limitações à gestante, nomeadamente “alimentação, vestuário, profissão, vida sexual”<sup>168</sup>. JORGE REIS NOVAIS<sup>169</sup>, considera incoerente a posição do CNECV, quando defende que consentir em gerar para terceiros não é contrário à dignidade da pessoa humana, mas limitar comportamentos adequados a uma gravidez saudável já o seja, quando esse consentimento seja livre e esclarecido. Sublinha, que as restrições excessivas e injustificadas já estariam limitadas pela lei e essas sim, deveriam ser afastadas.

Existe a eventualidade de se contratarem cláusulas contrárias à dignidade da gestante, como o caso de querer colocar câmaras a vigiar a gestante ou querer que esta passe a viver com o casal durante a gravidez. Mas é possível pensar em cláusulas que não o sejam e que apenas limitem certos comportamentos adversos para o bebé<sup>170</sup>.

Sobre o assunto em questão, o TC no Ac. n.º 225/2018<sup>171</sup>, explica que apesar de existir na CRP um estatuto especial para mulheres grávidas, estabelecido no art. 68.º, n.º 3 da CRP, que demonstra que as mulheres neste período se encontram numa fase de maior vulnerabilidade, não implica que estejam incapazes durante a gravidez. A mulher grávida não deixa de ser livre

---

<sup>167</sup> ACÓRDÃO DO STJ, de 6 de maio de 2019, processo n.º 1687/03.8TBFAR-A.E1.S1, disponível em: <https://bit.ly/3gJZV1J>, *apud* Heinrich Hortster- A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil, pág. 523

<sup>168</sup> CNECV - Parecer n.º 63..., *op. cit.*, p. 10.

<sup>169</sup> Jorge Reis Novais..., *op. cit.*, p. 2.

<sup>170</sup> Vera Lúcia Raposo - «Tudo aquilo..., *op. cit.*, pp. 36 e 37.

<sup>171</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1910.

em todas as vertentes da sua vida, nomeadamente profissional, simplesmente tem de ter em atenção certos comportamentos normais, durante esta fase, para não comprometer a sua gravidez. O TC entende que a gestação de substituição não restringe direitos, liberdades e garantias (art. 8.º, n.º 11, da LPMA), pelo facto de obedecer a certas condutas que permitam que seja possível entregar aos beneficiários uma criança.

Há doutrina que defende que cláusulas como: não consumir álcool, tabaco, drogas; ter uma alimentação equilibrada; não realizar desportos de risco e ter relações sexuais protegidas, são cláusulas que têm de fazer parte deste contrato, pois não levantam problemas diferenciados em relação a outros tipos de contratos<sup>172</sup>. São admissíveis porque dirigidas a preservar a saúde e bem-estar do feto, são cláusulas *de facere e non facere*, que existem em quaisquer contratos e correspondem a expressões de autonomia das partes, já que serão acordadas antes de serem estabelecidas no contrato<sup>173</sup>.

O CNECV em 2012<sup>174</sup> estabeleceu a necessidade de existir uma rigorosidade e exaustão no contrato de gestação de substituição, nomeadamente, no que concerne à alimentação, amamentação, medicação. Aludiu, para no caso de não previsão de alguma circunstância, se resolver a questão por acordo das partes e quando tal não seja possível, pela gestante.

Em 2017, o CNECV<sup>175</sup> considerou imprescindível constar no contrato-tipo “a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação”, que apesar não serem necessariamente exigíveis para uma gravidez saudável, poderão ser imprescindíveis para o cumprimento do contrato.

Antes de consentir, a mulher tem de ter acesso a informação que explique o porquê de não dever adotar certos comportamentos e dever adotar outros. Só desta forma o consentimento será verdadeiramente esclarecido e o superior interesse da criança, acautelado.

---

<sup>172</sup> Hugo Cunha Lança..., *op. cit.*, p. 83.

<sup>173</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima... *op. cit.*, p. 269-271.

<sup>174</sup> CNECV - RELATÓRIO SOBRE PROcriação..., *op. cit.*, p. 38.

<sup>175</sup> CNECV- RELATÓRIO E PARECER SOBRE O PROJETO DE DECRETO REGULAMENTAR REFERENTE À REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO, QUE REGULA O ACESSO À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. 2017. [Consult. 15/09/20] Disponível em: file:///C:/Users/inesa/Downloads/parecer-n-o-92-cnecv-2017-sobre-o-projeto-de-decreto-regulamenta.pdf, pp. 8-11.

Pode afirmar-se que uma mulher pode ter uma vontade determinada a gerar para terceiros. No entanto, temos de verificar se a maternidade de substituição põe em causa a dignidade ou o superior interesse da criança<sup>176</sup>.

#### 4.4 A dignidade e o superior interesse da criança

O superior interesse da criança resulta da Declaração dos Direitos das Crianças, Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959, no 2.º princípio e da CDC (art. 3.º) e do art. 69.º da CRP.

Há doutrina que interpreta que o superior interesse da criança não permite que se crie um bebé para posteriormente o abandonar e que esse mesmo bebé, seja concebido para a realização de fins de terceiros<sup>177</sup>.

No Ac. do TC n.º 225/2018, o Tribunal explicita<sup>178</sup> que não há abandono, na medida em que o bebé será entregue ao casal que o desejou e, somente, recorreu à gestação de substituição para que o filho pudesse nascer, o que não se diferencia em nada com o recurso a outras técnicas de PMA. Quanto à instrumentalização, indica que mesmo sem o recurso a técnicas de PMA, todos os casais optam por conceber por uma felicidade própria, é um desejo dos mesmos que faz outro ser vir ao mundo, o que não implica que haja desrespeito da dignidade da criança ao nascer, quer por ato sexual ou recurso a PMA.

O facto de um casal decidir ter um filho somente para salvar o casamento, aponta para uma instrumentalização da criança no momento de conceção, mas tal não implica que a dignidade da criança seja posta em causa, pois se a criança for acarinhada, educada e bem tratada, o motivo pelo qual foi concebida em nada afeta a dignidade humana<sup>179</sup>.

Por outro lado, a gestação de substituição pode até ser socialmente benéfica, num mundo com demasiadas crianças deixadas ao abandono, que nascem de forma acidental, abusiva, e/ou por “motivações económicas”. No caso em questão nasce uma criança planeada que sabe ter nascido por uma profunda paixão e desejo dos pais constituírem uma família<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> Paulo Otero..., *op. cit.*, p. 85.

<sup>177</sup> *Ibid.*, pp.87-88.

<sup>178</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1914-1915.

<sup>179</sup> Jorge Reis Novais..., *op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>180</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima... *op. cit.*, p. 279; Vera Lúcia Raposo, “Quando a...”, *op. cit.*, p. 27.

MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA<sup>181</sup> consideram que não se evidenciam malefícios a nível psicológico, de saúde, inteligência e de desenvolvimento. Por um lado, porque hoje em dia, cada vez é mais raro a família enquadrar-se no conceito de família tradicional, existem inúmeros tipos de família e, portanto, a sociedade está mais pluralizada e parece aceitar mais a diferença. Ora, atualmente, não parece que o conhecimento sobre a origem da criança possa perturbar, de uma forma geral, o bem-estar da mesma. Acresce que, o equilíbrio da criança estará na sua educação e no ambiente que o rodeia o que em nada se relaciona com a forma como esta surgiu no mundo.

VERA LÚCIA RAPOSO não compreende o porquê do envolvimento de uma terceira pessoa na gestação de substituição, causar tanta repugnância a certa doutrina. Compara com as o serviço de babysitters que existe há anos, e refere que estas estão imensamente presentes na vida das crianças, no momento em que elas já vivem (não no momento em que se estão a gerar), o que implica que muitas vezes tenham uma ligação fortíssima com as crianças, por vezes até mais forte do que a dos próprios pais, e é um contrato que terá um fim. Este serviço, obviamente, não é proibido, embora convoque um envolvimento estreitíssimo entre uma criança e um terceiro<sup>182</sup> e, por isso, possa ter consequências negativas na criança aquando da separação.

Verificámos, que existe uma ligação epigenética da gestante com a criança. O CNECV em 2016<sup>183</sup>, constatou a inexistência de estudos suficientes que indiquem que recorrer a esta técnica de procriação tenha consequências nefastas na criança, no entanto considerou já existir algum conhecimento na relação que se estabelece entre a pessoa que gera e o feto, nomeadamente a nível emocional, biológico e epigenético, o que poderia significar que a quebra de vínculo entre o bebé e a gestante poderia não ser a situação mais benéfica para o mesmo.

No entanto, existem diversos estudos que demonstram que do 1.º ano de vida aos 3 anos, a criança desenvolve-se de forma igual às crianças nascidas por conceções naturais, e entre estas e os pais evidenciavam-se vínculos mais fortes e uma parentalidade mais positiva, em comparação com procriações naturais<sup>184</sup>. Apenas aos 7 anos, em princípio devido ao segredo

---

<sup>181</sup> Marta Costa; Catarina Saraiva Lima ... *op. cit.*, p. 280.

<sup>182</sup> Vera Lúcia Raposo, “Quando a...”, *op. cit.*, p. 26.

<sup>183</sup> CNECV - Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS). 2016. [Consult. 20/09/20] Disponível em: <https://bit.ly/3g72cog>, pp- 15-16.

<sup>184</sup> S. Golombok [et al.] - «Non-genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». In *PubMed.gov* [Em linha]. Vol.21, n.º 7 (2006), pp. 1918-1924 [Consult.14/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3DsQk9l>; RUIZ-

da forma de procriação e ao facto de a gestante ser a mãe biológica, as crianças apresentam um desajuste psicológico, mas aos 10 anos os comportamentos voltam a ser ajustados e não há diferenças psicológicas notórias, entre estas crianças e outras que resultaram de diferentes técnicas de PMA ou de concepção natural<sup>185</sup>. Esta análise aparenta que a gestação sub-rogada, não demonstra afetar negativamente as crianças.

Quanto a esta questão, o TC, no Ac. n.º 225/2018, considera que os potenciais efeitos negativos para a criança, talvez possam ser ultrapassados pelo amor e dedicação dado pelos pais beneficiários, motivados por um profundo sentimento de gratidão, após terem passado por circunstâncias muito pesadas para ultrapassarem a infertilidade<sup>186</sup>.

O TC considera que o facto da criança ser afastada de quem a gerou, tendo em consideração a ligação que se criou na gestação, não parece afetar a dignidade da criança, nem o dever de proteção da infância pela sociedade e pelo Estado, porque não existem evidências e estudos que apontem para um prejuízo biopsicológico da criança. Existindo um grau de obscuridade em relação a este tema caberia ao legislador, segundo o Tribunal, optar por legitimar ou afastar a gestação de substituição da OJ portuguesa<sup>187</sup>.

Os dados, suprarreferidos, não parecem demonstrar prejuízos evidentes na saúde mental da criança gerada por uma mulher gestante, embora consideremos adequado que os pais beneficiários tenham apoio psicológico para lidar com a relação com a gestante<sup>188</sup>, tal como estabelecido no art. 2.º, n.º 2, al. d) do DR 6/2017 e posteriormente, no art. 8.º, n.º 2, al. d) no

---

Nicolás Robledillo; Luis Moya-Albio - «Gestational surrogacy: Psychosocial aspects Gestación subrogada: aspectos psicosociales». In *Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid* [Em linha]. Vol. 25, n.º 3 (2016), pp. 187-193 [Consult.14/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3Bj2H5S>.

<sup>185</sup>Katherine H. Shelton [et al.] - «Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies». In *IJBD* [Em linha]. Vol.3, n.º 5 (2009), pp. 385-392 [Consult.15/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3ysN2Pz>; Susan Golombok [et al.] - «Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment». In *HHS public access* [Em linha]. Vol. 54, n.º 6 (2014), pp. 635-660 [Consult.14/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3mKoDmi>; Viveca Soderstrom-Anttila [et al.] - «Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families-a systematic review». In *PubMed.gov* [Em linha]. Vol. 22, n.º 2 (2016), pp. 260-276 [Consult.14/01/21]. Disponível em: <https://bit.ly/3wRYCnJ>.

<sup>186</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1917.

<sup>187</sup> *Ibid.*, pp. 1916-1917.

<sup>188</sup> Cássia Cançado Avelar; Isabela M. Silva; Vanya Dossi - Útero de Substituição e suas repercussões - A questão das leis brasileiras face às leis de países vizinhos [em linha]. Apresentada no I Consenso Brasileiro de Psicologia em Reprodução Assistida - XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida/SBRA, 2012. [Consult.11/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3wT86iI>, p. 1.

Decreto n.º 383/XIII. Sendo a problemática conflitual ultrapassada aquando da gestação de substituição, ela não tenderá a passar para a criança. O que é sem dúvida benéfico para os pais e para a criança.

## 5 O direito de arrependimento da gestante

Aos contratos relativos a direitos de personalidade, aplica-se o regime geral dos negócios jurídicos existindo, no entanto, uma especificidade prevista no art. 81.º, n.º 2 do CC<sup>189</sup>.

A dignidade humana justifica que só a parte que limita o seu direito possa reverter a todo o tempo a sua vontade, porque a pessoa não pode perder para sempre o controle dos seus direitos de personalidade, o que implica que o consentimento nestes contratos se aproxima da tolerância<sup>190</sup>. Esta ideia, também é estabelecida no art. 38.º, n.º 2 do CP, pois o consentimento livre, sério e esclarecido pode ser livremente revogado até à execução do facto<sup>191</sup>.

A revogação unilateral de consentimento, dá lugar a uma indemnização pelos prejuízos causados à contraparte, que é somente a frustração de expectativas, mas há ainda que atentar ao valor a indemnizar que não pode ser tão elevado que restrinja a revogação. Aliás a parte que negocia, num contrato que limita direitos de personalidade, deve estar esclarecida quanto ao art. 81.º e, portanto, *ab initio* conhecer a insegurança subjacente<sup>192</sup>.

A principal problemática que concerne à aprovação de qualquer legislação relativa à gestação de substituição, reside no facto da mulher gestante se arrepender do contrato e querer manter para si a criança.

A questão do arrependimento, coloca-se porque, se há uma exigibilidade constitucional de revogabilidade para os direitos de personalidade, também, deve haver para os direitos fundamentais<sup>193</sup>.

Iremos analisar, detalhadamente os Acórdãos do TC, para melhor perceber a questão. O Ac. do TC n.º 225/2018, de 07/05/18 declarou que a gestante deveria poder arrepender-se, até à entrega da criança ao casal de receção. Por esse motivo determinou a inconstitucionalidade do art. 8.º n.º 8 e o art. 14.º, n.º 4 da LPMA e na sequência considerou o estabelecimento de

---

<sup>189</sup> Pedro Pais de Vasconcelos; Pedro Leitão Pais de Vasconcelos ..., *op. cit.*, p. 60.

<sup>190</sup> *Idem*.

<sup>191</sup> Ana Filipa Morais Antunes ..., *op. cit.*, p. 238.

<sup>192</sup> Pedro Pais de Vasconcelos; Pedro Leitão Pais de Vasconcelos ..., *op. cit.*, p. 61.

<sup>193</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1973.

filiação da criança nascida em relação aos beneficiários, também inconstitucional (n.º 7 do art. 8.º). O Ac. do TC n.º 465/2019 acompanhou a decisão do Ac. do TC n.º 225/2018 com os mesmos fundamentos<sup>194</sup>.

Na sequência do Ac. 225/2018, elaborou-se o Decreto n.º 383/XIII que correspondeu à sétima alteração à LPMA, que regula a PMA. O TC fiscalizou preventivamente duas normas do artigo 2.º do Decreto, nomeadamente a que reproduzia o conteúdo do artigo 8.º, n.º 8 da LPMA, prevista no n.º 13 do art. 8.º no Decreto e o n.º 15, alínea j)<sup>195</sup>. O art.º 8.º, n.º 15, al. j), exigia que a revogação do contrato fosse conforme com a lei e deixada para o contrato escrito, que seria supervisionado pela CNPMA.

O Decreto em causa manteve intocável o art. 8.º, n.º 8 da LPMA, tendo apenas transplantado o mesmo para o n.º 13 do mesmo art.; a norma em causa remete para o art. 14.º da LPMA e é referente ao consentimento. Os n.ºs 4 e 5 do art. 14.º, estabelecem que a gestante apenas poderá revogar o seu consentimento, até ao início dos processos terapêuticos de PMA. No Ac. 225/2018, o TC constatou existir uma inconstitucionalidade material da norma do n.º 8 do art. 8.º conjugada com os n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º da LPMA, por considerar que a revogação do consentimento da gestante até ao início das técnicas de PMA e não até ao momento da entrega da criança aos beneficiários, seria uma restrição excessiva do direito ao desenvolvimento da personalidade, de acordo com o princípio da dignidade humana (art. 18.º, n.º 2 e arts. 1.º e 26.º, n.º 1 da CRP) e do direito a constituir família, segundo o art. 36.º, n.º 1 da CRP<sup>196</sup>.

O Ac. de 2019, refere precisamente as mesmas questões, explicitando que em confronto com o direito da gestante à dignidade humana está a expectativa contratual dos beneficiários, o direito de procriar e constituir família, mas também o respeito de todos os interessados no desenvolvimento da personalidade e autodeterminação em matéria reprodutiva e o interesse superior da criança<sup>197</sup>.

O TC, no entanto, dá prevalência à proteção da gestante, sublinha inúmeras vezes, que a aceitação perante os beneficiários e o desejo de contratar não impede que ao longo do processo de gestação, a gestante possa mudar a sua decisão e sendo este o requisito indispensável para a gestação de substituição acontecer, deixe de existir justificação e mesmo avale jurídico, para a

---

<sup>194</sup> AC DO TC n.º 465/2019..., *op. cit.*, pp. 135-137.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p.119.

<sup>196</sup> *Ibid.*, pp.119-122.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p.123.

gestante continuar a cumprir as obrigações provenientes do contrato. Na verdade, a gestante dá o consentimento para a gestação *ex ante* da execução da técnica médica e *a fortiori* da gravidez e do parto, o facto da mesma poder passar por “riscos de aborto, gravidez ectópica, pré-eclâmpsia e outras complicações obstétricas”, e da gestação corresponder a um fenómeno biológico, psíquico e por vezes afetivo, faz da mesma a parte mais desprotegida e, portanto, a que deve ser mais acautelada pelo Direito<sup>198</sup>.

O Decreto n.º 383/XIII, acrescenta (n.º 15, als. e) e f) ao art. 8.º) a obrigatoriedade de constar no contrato escrito mais informações sobre as implicações na saúde da gestante e a importância do seu estilo de vida. Apesar de todas as informações fornecidas às partes antes da celebração do contrato, que já constavam do diploma da LPMA, e estas acrescentadas, o Ac. reforça a necessidade de acautelar mais a gestante, que deu um consentimento que de acordo com a lei irá durar um período muito alargado que levantará várias implicações<sup>199</sup>.

Segundo o Tribunal, o casal beneficiário tem consciência à partida de que o seu projeto parental depende da vontade de uma terceira pessoa (uma gestante). Os beneficiários não têm um direito constitucional a procriar, a gestação de substituição é uma forma de possibilitar uma procriação que sem ser desta forma não existiria. Mas a ser assim, e se está em causa alguém que altruisticamente apoia um projeto parental que não é o seu, a deixar de existir esse consentimento a pessoa que gera torna-se um mero instrumento à mercê do projeto parental do casal beneficiário<sup>200</sup>.

O Ac. destaca o Parecer n.º 63/CNECV/2012, para demonstrar a complexidade da relação intrauterina, mas admite a possibilidade da maternidade ser atribuída à mulher beneficiária; no entanto considera inegável a existência da conexão entre o feto e a grávida. Sugere, que todo este processo complexo e de difícil padronização, demonstra que a aceitação dada pela gestante num momento prévio à gestação e ao parto, não será totalmente livre e esclarecida, só tendo a grávida de substituição acesso a toda a informação precisamente quando a vivencia<sup>201</sup>.

O TC anuncia o seu entendimento, no que respeita à alteração de vontade da gestante, ao criar uma vontade parental com o feto que gerou. Segundo o art. 14.º, n.º 4 e n.º 5 da LPMA, tivemos oportunidade de verificar que esta possibilidade é excluída, já que a lei indica a

---

<sup>198</sup> *Ibid.*, pp.122-126.

<sup>199</sup> *Ibid.*, pp. 124-125.

<sup>200</sup> *Ibid.*, pp. 125-130.

<sup>201</sup> *Ibid.*, pp. 126-127.

impossibilidade de revogação do consentimento após o início das técnicas de PMA, mas o art. 8.º, n.º 7 da LPMA, também, reforça esta ideia, na medida em que atribui a paternidade aos beneficiários, sem exceção. O Tribunal, sublinha a influência que a gestante e o feto têm um no outro e, a ser assim considera que a negação da possível maternidade da mulher gestante é atentatória da personalidade pessoal da gestante e da dignidade da pessoa humana. Refere que não parece coerente que se atribua de antemão a maternidade à gestante, já que existe em concurso outro projeto parental com gâmetas de pelo menos um dos beneficiários, deve sim atender-se ao superior interesse da criança em relação ao destino da mesma (*cf.* art. 3.º, n.º 1, da CDC). O Tribunal compara a livre entrega da criança ao consentimento para a adoção (*cf.* o art. 1981.º, n.º 1, do CC), dando relevância à revogação do consentimento inicial de entregar a criança<sup>202</sup>. Acaba por entender que o projeto parental da gestante em relação ao feto não pode ser simplesmente ignorado, tendo em conta os direitos da mesma (arts. 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o art. 18.º, n.º 2 da CRP), que têm de ser protegidos ao longo de todo o processo, mas também o superior interesse da criança, dignidade pessoal e pela importância que se atribui à proteção da infância pelo Estado [*cf.* arts. 1.º, 67.º, n.º 2, al. e), e 69.º, n.º 1 da CRP] o que implicaria a atribuição de uma parentalidade avaliada casuisticamente<sup>203</sup>.

CLARA SOTTOMAYOR acompanha a visão do TC, pois considera que a renúncia antecipada da mulher à maternidade, não permite que a gestante tenha um consentimento atualizado no momento do parto. Mas considera que este arrependimento deva ter um limite fixo no tempo, que é de extrema importância para a segurança jurídica e o direito ao desenvolvimento da criança (art. 69.º, n.º 1 da CRP)<sup>204</sup>. Critica que a revogação do consentimento da gestante seja deixada para o momento do parto e a criança tenha de aguardar sentença judicial, pois considera prejudicial que a mesma conviva com a gestante durante um longo período de tempo, indeterminado, enquanto dura o processo judicial e, portanto, crie vínculos estreitos com a gestante, correndo o risco de ser retirada e entregue ao casal beneficiário, posteriormente<sup>205</sup>.

Esta doutrina defende que a solução mais ajuizada, de acordo com a dignidade humana e o direito ao desenvolvimento da personalidade seria, a estabelecida pelo art. 1982.º, n.º 3 do CC, i.e., a mulher gestante seria considerada mãe legal e só seis semanas após o parto, poderia

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, pp.129-131.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p.132.

<sup>204</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1974.

<sup>205</sup> *Idem.*

consentir na adoção aos pais comitentes, estabelecendo-se a filiação por via judicial. Ou seja, aplicar o sistema de Inglaterra, o chamado *parental orders*<sup>206</sup>. Porque se parte da concepção que física e psiquicamente é “mais mãe” a mulher que gera<sup>207</sup>.

A lei inglesa atribui um período de reflexão de 6 semanas, para a gestante decidir se quer dar a criança para a adoção e oferece um período de 6 meses para que o casal de receção, proponha um processo judicial para estabelecer um vínculo de filiação com a criança, mas o Tribunal só poderá atribuir a paternidade e maternidade ao casal contratante, caso a criança já tenha sido entregue aos mesmos, caso contrário tal não será possível<sup>208</sup>.

MARGARIDA SILVA PEREIRA<sup>209</sup> sustenta que se deveria encurtar os processos judiciais, já que no Reino Unido, em que a gestação de substituição é legal desde 1985, os processos podem tardar dois anos. Considera que embora a possível entrega fosse ulterior, face ao que está estabelecido na LPMA, que se existissem contactos permanentes do casal com a criança, essa questão seria um mal menor. Pois um regime semelhante à adoção, como seria a proposta da Professora, seria o mais benéfico para a mulher e para a criança.

Por outro lado, GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO<sup>210</sup> critica a decisão do TC no que refere à revogação do consentimento da gestante. Pois, ou a gestante deve ser considerada mãe *ab initio* e é o contrato de gestação de substituição que altera esta circunstância atribuindo a maternidade à mulher beneficiária, o que neste caso implicaria que o arrependimento da gestante, atribuísse novamente a maternidade à gestante. Ou a gestação de substituição é uma realidade alternativa, podendo ser mãe a beneficiária ou a gestante, o que significa que caso a gestante não queira entregar a criança, exista uma avaliação casuística para a atribuição da maternidade. Ora, a solução como foi encontrada pelo Ac. não parece uma solução coerente, pois fala de direito ao arrependimento, ao mesmo tempo que fala numa avaliação casuística.

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, FERNANDO VENTURA, LINO RIBEIRO, JOANA FERNANDES COSTA e CLÁUDIO MONTEIRO acreditam não existir uma solução mais prejudicial para a criança, do que estabelecer a parentalidade por avaliação judicial e não

---

<sup>206</sup> *Idem*; Guilherme de Oliveira- Mãe há só..., *op. cit.*, pp. 62-66.

<sup>207</sup> Maria Margarida Silva Pereira – Parentalidade e Filiação [em linha]. CEJ, 2018. [Consult. 08/10/20]. Disponível em <https://bit.ly/3sb6cGt>, p. 49.

<sup>208</sup> Rafael Vale e Reis – Parentalidade e Filiação [em linha]. CEJ, 2018. [Consult. 08/10/20]. Disponível em <https://bit.ly/3sb6cGt>, p. 91.

<sup>209</sup> Maria Margarida Silva Pereira– Parentalidade..., *op. cit.*, p. 49.

<sup>210</sup> AC. DO TC n.º 225/2018..., *op. cit.*, p. 1955.

através de uma norma expressa<sup>211</sup>. A “incerteza não é compatível com o interesse das crianças e o princípio da estabilidade do estado das pessoas”<sup>212</sup>.

Acresce que se o Tribunal concedesse a maternidade à gestante, existiriam grandes dúvidas relativas à paternidade da criança. Poderia ser: o marido ou unido de facto da gestante, caso esta fosse casada (art. 1796.º, n.º 2 do CC); o beneficiário, caso este tivesse doado os gâmetas, não nos devemos olvidar que o filho seria um projeto com outra mulher que não a gestante (que pode até ser familiar v.g. filho, irmão da mesma e ter uma relação complicada com a gestante devido ao conflito de parentalidades); um terceiro doador que não tem vontade parental; ou pode existir uma privação daquele filho a um pai<sup>213</sup>.

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, não tem dúvidas que a solução do art. 8.º, n.º 7 é a solução mais benéfica porque resulta de um critério claro, expresso e objetivo<sup>214</sup>.

Não se nega que a gravidez, o parto e puerpério são circunstâncias que convocam riscos para a saúde da gestante tanto biológicos, físicos, psicológicos e até afetivos. No entanto, aponta-se para estudos que demonstram que a maioria das gestantes tem consciência dos riscos envolvidos. A incerteza referente à gravidez, não é previsível sequer pelos médicos, o que não significa que quando a gestante dá o seu consentimento não esteja plenamente informada dos riscos e desvantagens e não faça uma decisão consciente<sup>215</sup>.

Não se pode ignorar que existem outras partes presentes no contrato e que foram os beneficiários que tiveram de ultrapassar a impossibilidade de engravidar e deram origem ao bebé, pela sua vontade profunda de gerar um ser e constituírem uma família. Ser esse que terá uma ligação genética, exclusiva e incomparável, com o casal de receção. Casal com uma ligação psicoafectiva fortíssima à criança já que impulsionou, acompanhou a gravidez e o parto, na esperança de acolher o bebé<sup>216</sup>.

A gestação de substituição deve distinguir-se da adoção<sup>217</sup>. Na adoção existe uma inequívoca ligação biológica com a criança e a criança foi originada pela mulher que gerou, quer tenha sido de forma pensada ou negligente; já na gestação de substituição a criança existe devido a um desejo parental do casal beneficiário e de um contrato, logo a ligação biológica,

---

<sup>211</sup> *Ibid.*, pp. 1955 e 1979.

<sup>212</sup> *Ibid.*, pp. 1974.

<sup>213</sup> *Ibid.*, pp. 1955 e 1979.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 1955.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 1978.

<sup>216</sup> *Ibid.*, pp. 1978- 1979.

<sup>217</sup> Mafalda de Sá... *op. cit.*, p. 82.

afetiva e social da gestante não será a mesma do que na adoção. O tempo de reflexão para consentir na adoção faz todo o sentido, pois a mulher irá prescindir de uma criança que é sua e, a nível do superior interesse da criança, será sempre mais benéfico que a criança possa, eventualmente, ficar com a mãe biológica e não a aguardar adoção imediatamente. Já na gestação de substituição, esta questão não faz sentido, pois a criança tem como pais o casal beneficiário, que a deseja muito.

Não existe uma renúncia ao estabelecimento de filiação da mãe, pois que o vínculo gestacional não é sinónimo de maternidade. Mãe é a mulher beneficiária, o facto da mulher gerar e ter o filho, não implica que tenha sido ela a ter o impulso para gerar a criança, este partirá sempre do casal beneficiário que tem um projeto parental desde o início do processo, sem qualquer alteração desse desejo, ao contrário da gestante que não terá tido inicialmente essa vontade<sup>218</sup>.

Na gestação de substituição o que estaria em causa, na verdade, seria uma disposição do corpo (que implicaria que a mulher gerasse e tivesse o parto para terceiros obterem um filho), a gestante nunca foi mãe e, portanto, não foi a esse direito que renunciou, até porque nunca o teve. Não faz sentido falar em revogabilidade na disposição do corpo após o parto, porque após o parto a mulher já fez a disposição do mesmo e, nesta interpretação, não faz sentido falar na revogação da renúncia a direitos de maternidade, que nunca teve<sup>219</sup>.

Não existem dúvidas sobre a exigência física e psíquica de um contrato de gravidez e parto para terceiros, mas se o regime foi admitido num primeiro momento foi por se considerar que a gestante tinha liberdade plena de decisão, sendo por esse motivo que se assegurou um regime rigoroso, com uma fiscalização do CNPMA, precedente à gestação de substituição<sup>220</sup>. O CNPMA é responsável por dar toda a informação possível à gestante, para que esta tome uma decisão totalmente esclarecida, enquanto verifica as motivações da mesma com o propósito de garantir que esta não quer gerar para terceiros por motivo de subordinação aos beneficiários, coação ou pagamento<sup>221</sup>. O regime impositivo visa proteger a gestante v.g.<sup>222</sup>: a proibição de ligação genética da criança com a gestante; a não imposição de restrições à gestante, contrárias à dignidade da mesma; um parecer da ordem dos psicólogos favorável à celebração do contrato; a estipulação de direitos favoráveis à gestante na execução do contrato;

---

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>219</sup> *Idem.*

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 85

<sup>221</sup> *Ibid.*, pp. 85 e 86

<sup>222</sup> *Ibid.*, pp. 85

O facto de a gestante ser acompanhada psicologicamente antes e após o parto seria, no nosso entender, de extrema importância para a proteção da gestante.

A gestante quando consente no contrato deve fazê-lo com a consciência de que a mãe será a mulher beneficiária<sup>223</sup>, e se este motivo afastar o número de mulheres dispostas a gerar para terceiros<sup>224</sup> melhor, porque implicará que só consentirão aquelas que estão completamente conscientes do contrato em causa<sup>225</sup>.

O arrependimento estabelecido pelo art. 81.º, n.º 2 do CC, é assegurado pela IVG.

Os Acs. de 2018 e de 2019<sup>226</sup>. consideraram que o art. 14.º, n.º 4 e n.º 5, remetido pelo art. 8.º n.º 8 na LPMA (art. 8.º, n.º 13 no Decreto), ao estabelecer o limite de revogação do consentimento da gestante até ao início dos tratamentos de PMA, afetava a livre personalidade pessoal da gestante e, portanto, a sua dignidade humana (arts. 1.º e 26.º, n.º 1, em conjugação com o art. 18.º, n.º 2 da CRP). Neste sentido, seria imprescindível que se assegurasse o respeito pela dignidade da gestante ao longo do processo, o que segundo o Ac. implicaria que a gestante pudesse a qualquer altura (assegurado o respeito pela lei penal) optar pela IVG, sem que tal implicasse qualquer consequência pecuniária. Só assim, se asseguraria que a vontade da mesma seria livre ao longo de todo o processo e, portanto, que existiria respeito pela dignidade da mesma.

A IVG, permite que a mulher que dispõe do corpo, se arrependa até às 10 semanas, momento a partir do qual, qualquer mulher grávida já não se pode arrepender, porque a vida intrauterina passa a prevalecer, em relação ao direito de personalidade, quando se formam os órgãos vitais da criança<sup>227</sup>.

Passado o prazo de IVG, uma mulher grávida que se vier a arrepender, só pode dar o seu filho para a adoção, a gestante irá sempre dar o bebé a terceiros. Se quiser a criança, não poderá ficar com ela, porque o direito que dispôs foi o corpo e nunca o direito à maternidade.

---

<sup>223</sup> John A. Robertson, “Collaborative Reproduction, Donors and Surrogates”, “Collaborative Reproduction, Donors and Surrogates”. In *Children of Choice, Freedom and the New Reproductive Technologies*. Princeton University Press, 1994, pp. 138-139., *apud* Sá, Mafalda de..., *op. cit.*, p. 85.

<sup>224</sup> Rafael Vale e Reis- «Erro crasso na maternidade de substituição». In *Público* [Em linha]. (2016), [Consult.15/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3uLprbl>.

<sup>225</sup> Mafalda de Sá..., *op. cit.*, p. 86.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>227</sup> P. P. de Albuquerque..., *op. cit.*, p. 551

Por outro lado, o direito ao arrependimento obriga ao pagamento de indemnização das expectativas da outra parte (*cf.* art. 81.º, n.º 2 do CC) e no caso, considerou o TC e defendemos nós, que a gestante não terá de indemnizar o casal beneficiário.

## CONCLUSÃO

Nesta dissertação propusemo-nos analisar a possibilidade de legislar a gestação de substituição em Portugal à luz das normas elencadas na nossa CRP e no CC, e ao analisar o Ac. 225/2018, de 07/05/18 constatámos que tal seria possível.

Pela análise do direito a constituir família (art. 36.º, n.º 1 da CRP), consideramos que este convoca um direito à reprodução, pois o art. 67.º, n.º 2 da CRP exige o direito a regulamentar a PMA de forma a não contrariar a dignidade humana e mostra que a PMA é uma forma de concretizar o direito a constituir família. Procriar é ainda uma expressão do direito ao desenvolvimento de personalidade (art. 26.º, n.º da CRP), pois é um dos modos de uma pessoa concretizar os seus desejos mais profundos.

Embora defendamos que a gestação de substituição provém do direito a constituir família e do direito ao desenvolvimento da personalidade dos beneficiários, estes direitos seriam limitados se o superior interesse da criança e sua dignidade humana, ou a dignidade humana da gestante, fossem postos em causa (art. 18.º, n.º 2 da CRP).

Quanto à dignidade humana e ao direito ao desenvolvimento da personalidade, considerou-se que a gestante consente livre e esclarecidamente em gerar para terceiros, como forma de autodeterminação e desenvolvimento da personalidade. Consideramos que a gestante embora seja parte de um contrato, apenas para gerar para terceiros não está a ser humilhada na sua condição de pessoa porque lhe são assegurados os seus interesses pessoais. Ora a lei da gestação de substituição preocupa-se com a livre vontade da gestante, cuida a saúde e dá toda a informação médica, psicoafectivo, ética e social à gestante, o que garante que a vontade da gestante é livre, seria, esclarecida e inteligível por terceiros.

Relativamente à imposição da gratuidade da lei no contrato, considerar que existe uma exploração na medida em que existe um pagamento será desproporcional, porque esta ideia levaria àquela de que todos os contratos comutativos seriam exploratórios. Se a vontade da gestante for totalmente esclarecida e esta não se encontre num contrato usuário não existirá injustiça interna no contrato. Vimos que nos países onde não se admite pagamento à gestante, os tribunais têm admitido compensações superiores aos gastos das mesmas, e pensamos sobretudo que seria importante os beneficiários criarem um seguro de saúde em nome da gestante. Por outro lado, compreendemos que uma interpretação da dignidade humana liberal deveria permitir que existisse gestação de substituição onerosa, porque a vontade da gestante deve ser respeitada sendo indiferente a motivação da mesma.

Verificámos que a gestação de substituição é uma limitação ao direito a dispor do próprio corpo, sendo possível contratar neste sentido sem contrariar a lei, pelo facto da limitação ser delimitada no tempo (da técnica de PMA até ao parto) e não contrariar a ordem pública e os bons costumes (art. 81.º, n.º 1 e 280.º do CC).

Relativamente à ordem pública, viu-se que a integridade física é livremente disponível para efeitos de consentimento (art. 149.º do CP) desde que não contrarie os bons costumes e dependendo dos motivos, fins, meios utilizados e amplitude previsível e objetiva da ofensa (art. 149.º, n.º 2 do CP). Vimos exemplos de vários contratos legais em que se dispõe da integridade física. Constatou-se que a prostituição não é expressamente proibida nem penalmente condenável; que a pornografia é legal (exceto a pornografia infantil) e que é possível doar gâmetas, órgãos, células e tecidos a favor de terceiros. Concluiu-se que o Estado não intervém na decisão do agente em livremente disponibilizar o corpo, salvo se direitos de terceiros forem implicados ou ocorra uma coisificação da pessoa.

Quanto aos bons costumes, não há porque considerar a gestação de substituição eticamente menos aceitável que outras já referidas. Não parece contrário aos bons costumes nascer através de gestação de substituição, já que em Portugal existem crianças nascidas com recurso a técnicas de PMA.

No que concerne ao arrependimento, detetou-se que o TC declarou que deveria existir um direito ao arrependimento até à entrega da criança porque a gestante se vincula durante um largo período de tempo, sem ter a certeza do que consente, afirmação esta que nos parece, com o devido respeito, paradoxal ao pensamento inicial do TC, que demonstra que pode existir uma gestação de substituição se a gestante consentir de forma livre, esclarecida e autónoma, através do seu direito ao desenvolvimento da personalidade.

Explicitamos inicialmente que a gestação de substituição é um limite ao direito a dispor do corpo e não ao estabelecimento de maternidade, pois os pais com vínculo genético terão uma ligação mais forte à criança do que a ligação epigenética.

Constatou-se que a gravidez é também um fenómeno psicológico; uma mãe não nasce necessariamente quando nasce um filho. A parentalidade nasce na imaginação dos pais, em todas as gravidezes há uma adoção mental do filho, que é reforçado pelo vínculo vindo do cuidar, do amor, do afeto.

No nosso entendimento, sendo a gestação de substituição, uma forma de PMA, deveria obedecer ao critério do estabelecimento de filiação através da vontade parental; o consentimento na técnica de PMA e o projeto parental seriam os requisitos para o estabelecimento de filiação (art. 20.º, n.º 1 da LPMA). Cremos que será, também, mais benéfico

para a criança, que fica com os pais que sempre a quiseram. Pensamos ser vantajoso estabelecer a filiação com base em critérios claros, expressos e objetivos.

Assim, ao entender que a gestação de substituição é um direito a dispor do corpo, entendemos também que após o parto não há lugar ao arrependimento deste direito, que poderá ser exercido até à IVG (art. 81.º, n.º 2 do CC), porque posteriormente às 10 semanas a vida intrauterina prevalece sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, ideia que se estende a qualquer gravidez.

Consideramos que a dignidade humana e o desenvolvimento da personalidade da gestante estarão ainda mais acautelados se uma nova lei sobre a gestação de substituição exigir o mínimo de 25 anos de idade para ser gestante, ter pelo menos um filho, ter seguro de saúde pago pelos beneficiários e acompanhamento psicológico ao longo de todo o processo e após o parto.

Não desconsideramos os direitos da gestante, que como vimos é a parte mais desprotegida do contrato, além de ser a pessoa mais importante para o contrato, pois sem ela a criança nunca existiria. A gestante pode ligar-se à criança e aliás é benéfico que se ligue, durante 9 meses aquela criança irá desenvolver-se dentro dela, a ligação é importante para ambas, embora não substitua a ligação parental que aqueles pais beneficiários têm. Mas acreditamos que com acompanhamento psicológico dos pais de receção e da gestante é possível que exista uma boa relação entre todos e que a gestante possa fazer uma separação saudável da criança.

Será provavelmente possível recorrer-se um dia à gestação de substituição em Portugal sem que se pretiram os direitos da gestante e da criança em relação aos dos pais de receção. Esta discussão é importante mas inicial, porque como vimos o conteúdo do contrato da gestação de substituição foi praticamente deixado para as partes, o que não parece a resposta mais adequada se o objetivo é proteger as partes em causa; terminamos por afirmar que existem ainda questões a ser pensadas para se alcançar uma solução legal, mas que esta discussão e caminho devem efetivamente ser feitos para alcançar uma sociedade mais justa.

## BIBLIOGRAFIA

AAVV - «Seguros | Perícias Médico-Legais | Temas Vários». In *Lex Medicinæ: revista portuguesa de direito da saúde* [Em linha] Ano 16, n.º 31-32 (2019), pp. 5-119. [Consult. 07/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3aE4uYk>.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª ed. Universidade Católica Editora, 2015.

ALEXANDRINO, José Melo - *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa: A Construção Dogmática*, Vol. 2. Almedina, 2006.

ALMEIDA, Margarida F. – *A propósito da amamentação*, 1996/1997. Dissertação de Mestrado.

ÁLVARES, Cláudia - «Entre o social e biológico: Repensando a maternidade à luz das novas técnicas de reprodução assistida». In *RLEC*. Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade. Vol. 3, n.º 1 (2015), pp. 99-110.

ANTUNES, Ana Filipa Morais - *Comentário aos artigos 70º a 81º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*. Universidade Católica Editora, 2012.

ARAÚJO, Fernando - *Direito da bioética In Dicionário Jurídico da Administração Pública*. [s.n.], 2008.

ARAÚJO, Fernando. *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira – «O “Fundamento do Direito”. In Entre o Direito Natural e a Dignidade da Pessoa». In *RFDUL*. Coimbra Editora. Vol. 3, n.ºs 1 e 2 (2011), pp. 38-41.

ASCENSÃO, José de Oliveira – «Procriação Assistida e Direito». In *Estudos em*

*Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*. Vol. 1. Almedina, 1998, pp. 645-677.

AVELAR, Cássia Cançado Avelar; SILVA, Isabela M.; DOSSI, Vanya - Útero de Substituição e suas repercussões - A questão das leis brasileiras face às leis de países vizinhos [em linha]. Apresentada no I Consenso Brasileiro de Psicologia em Reprodução Assistida - XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida/SBRA, 2012. [Consult.11/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3wT86iL>.

BINDEL, Julie – «Outsourcing pregnancy: a visit to India's surrogacy clinics» In *The Guardian* [Em linha]. (2016), [Consult. 04/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3sQtRfN>.

CAMPOS, Diogo Leite - «A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onipotência do sujeito». In *Revista da Ordem dos Advogados* [Em linha]. Ano 66. Vol. 3 (2006), [Consult.07/10/20] Disponível em <https://bit.ly/32aN29m>.

CAMPOS, Diogo Leite; CAMPOS, Mónica Martinez – *Lições de Direito da Família*. 5ª ed. Almedina, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa*. Vol 1. 4ª ed. Coimbra Editora, 2007.

CHATTERJEE, Pyali – «Human Trafficking and Commercialization of Surrogacy in India» In *European Researcher* [Em linha]. Vol. 85, n.º 10-2 (2014), pp.1835-1842 [Consult. 03/09/20]. Disponível em [file:///C:/Users/inesa/Downloads/Human\\_Trafficking\\_and\\_Commercialization\\_of\\_Surroga.pdf](file:///C:/Users/inesa/Downloads/Human_Trafficking_and_Commercialization_of_Surroga.pdf).

CLEMENTE, Rosa – *Inovação e modernidade no direito de menores: a perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. Coimbra Editora, 2009.

CORDEIRO, António Menezes; CORDEIRO, António B. M. – *Tratado de Direito Civil*. Vol 2: *Parte Geral: Negócio Jurídico*. 4ª ed. Almedina. 2014.

CORDEIRO, António Menezes; CORDEIRO, António B. M. – *Tratado de Direito Civil. Vol 4.: Pessoas*. 5ª ed. Almedina. 2019.

CORREIA, Mafalda Andreia Leite – *Mater Semper (In)certa Est: Da Gestação de Substituição e da Sua Admissibilidade*. [s.n.], 2015. Dissertação de Mestrado.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; ESMERALDO, Jéssica Souza – «O direito da Família: biologismo versus afetividade.». In *Revista de Direito Civil*. Almedina. Ano 4, nº 2 (2019), pp. 277-295.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona – «OS EFEITOS FAMILIARES E SUCESSÓRIOS DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA)». In CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Menezes; GOMES, Januário da Costa - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. 1: Direito Privado e vária. Almedina, 2002. Pp. 347- 366.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva - *Direito da Família: tópicos para uma reflexão crítica*. AAFDL, 2008.

COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva – A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. In *Lusíada. Direito*. [Em linha]. N.º 10 (2012), pp. 237-289 [Consult. 13/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3aDKSU>.

III CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DAS CRIANÇAS, FAMÍLIA E SUCESSÕES, 23, 2021 - PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E DIREITOS DAS CRIANÇAS – Lisboa: CIDP, 2020/2021.

DUARTE, Tiago – *IN VINTRO VERITAS? A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI*. Almedina, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves [et al.] - *Temas Atuais de Direito e Processo de Família* - primeira série. 1ª ed. Editora Lumen Juris. 2004.

GOLOMBOK, S. - «Non-genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3».

In *PubMed.gov* [Em linha]. Vol.21, n.º 7 (2006), pp. 1918-1924 [Consult.14/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3DsQk9l>.

GOLOMBOK, Susan [et al.] - «Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment». In *HHS public access* [Em linha]. Vol. 54, n.º6 (2014), pp. 635-660 [Consult.14/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3mKoDmi>.

GOLOMBOK, Susan [et al.] - «Children Conceived by Gamete Donation: Psychological Adjustment and Mother-child Relationships at Age 7». In *HHS public access* [Em linha]. Vol. 25, n.º 2 (2012), pp. 230-239 [Consult.15/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3uFEFP4>.

GOMEZ, Rita M.; LEAL, Isabel; FIGUEIREDO, Eurico – Síndrome de Couvade: um estudo exploratório da ocorrência de sintomas em pais-expectantes. In *Revista Portuguesa de Psicossomática* [Em linha]. vol. 4, n.º 2 (2002), pp. 96-120 [Consult. 20/04/21]. Disponível em <https://bit.ly/3es6Bzo>.

GOZO, Débora – «NOVAS TECNOLOGIAS E A RESPONSABILIDADE NA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL». In *Cadernos da Lex Medicinæ: SAÚDE, NOVAS TECNOLOGIAS e RESPONSABILIDADES*. Vol. 1. Instituto Jurídico. N.º 4 (2019), pp. 169-179.

GUIMARÃES, Ana Paula - PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E HOMOSSEXUALIDADE NA LEI E NA IMPRENSA PORTUGUESA. Universidade Portucalense. pp. 142-156. [Consult. 12/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3uLmHe3>.

HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie H elene – *Les moots de la bio ethique*. Intituto Plaget, 1993.

IMMANUEL, Kant – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes: Introdução de Pedro Galvão*. Edições 70, 2020.

JADVA, V.; IMRIE, S., GOLOMBOK, S.- «Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child». In *Human*

*Reproduction* [Em linha]. Vol. 30, n.º 2 (2015), pp. 373-379 [Consult. 02/11/20]. Disponível em <https://bit.ly/3xi753X>.

JUSTO, J. – «Gravidez e Mecanismos de Defesa: um estudo introdutório». In *Análise Psicológica*. [s.n.]. Ano 4, n.º 8 (1990), pp. 371-376.

LANÇA, Hugo Cunha – «Procriação medicamente assistida». In *DataVenia: Revista Jurídica Digital* [Em linha]. Ano 4, n.º 6 (2016), pp. 64-85 [Consult. 21/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3dWOP7b>.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA - *Participação e descentralização democratização e neutralidade na Constituição de 1976*. Livraria Almedina, 1982.

MACKELLAR, Calum - «Selling surrogacy is a step towards slavery as women are dehumanised:

Proposals may soon be made to the Westminster parliament to enable a commercial surrogacy system in the UK». In *The Scotsman* [Em linha]. (2019) [Consult. 03/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3vwswN5>.

MARQUES, Ana Cristina - «Foram devolvidas 67 crianças adotadas nos últimos quatro anos». In *Observador* [Em linha]. (2020), [Consult. 20/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3yufGQi>.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa – «BABY BUSINESS: A INDÚSTRIA INTERNACIONAL DA ‘BARRIGA DE ALUGUEL’ SOB A MIRA DA CONVENÇÃO DA HAIA». In *RIDB* [Em linha] Ano 3, n.º 8 (2014), pp. 5767-5806 [Consult. 05/09/20] Disponível em <https://bit.ly/2Ya9QHz>.

MATOS, António Coimbra – *Mais amor menos doença*. CLIMEPSI EDITORES. 2003.

MIRANDA, Jorge – *Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. - ALMEDINA

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui de (coord.) - *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol.1. 2ª ed. Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis - *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Constitucionalidade*. Vol. 2. 2.<sup>a</sup> ed. Almedina, 2018.

OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui Moura - *Manual de Direito da Família*. Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Guilherme – *Estabelecimento da Filiação*. Petrony Editora, 2019.

OLIVEIRA, Guilherme de – *Estudos de Direito da Família: 4 movimentos em Direito da família*. Almedina, 2020.

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

OTERO, Paulo, «A dimensão ética da maternidade de substituição». In *Direito & Política, Law & Politics*. s.n. Vol. 1: n.º 1 (2012), pp 82-91.

PEREIRA, Maria Margarida Silva – *Direito da família*. AAFDL, 2018.

PEREIRA, Maria Margarida Silva – «GERAR UMA CRIANÇA PARA OUTROS: DO GHETTO E DO GINECEU À AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE DE GÉNERO E DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS». In *RJLB* [Em linha]. Ano 4, n.º 3 (2018), Pp. 1585-1616 [Consult. 20/09/20]. Disponível em <https://bit.ly/3tipvPq>.

PEREIRA, Maria Margarida Silva – Parentalidade e Filiação [em linha]. CEJ, 2018. [Consult. 08/10/20]. Disponível em <https://bit.ly/3sb6cGt>.

PEREIRA, Maria Margarida Silva - «Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição». In *JulgarOnline*, [Em linha] (2017), pp. 1-25 [Consult. 05/09/20] Disponível em [file:///C:/Users/inesa/Downloads/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gesta%C3%A7%C3%A3o-de-Substitui%C3%A7%C3%A3o-Maria-Margarida-Silva-Pereira-v2%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/inesa/Downloads/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gesta%C3%A7%C3%A3o-de-Substitui%C3%A7%C3%A3o-Maria-Margarida-Silva-Pereira-v2%20(1).pdf).

PIMENTA, José da Costa– *FILIAÇÃO*. 4<sup>a</sup> ed. Livraria Petrony, LDA, 2001.

- PINHEIRO, Jorge Duarte – *Estudos de direito da família e das crianças*. AAFDL, 2015.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 7ª ed. Almedina, 2020.
- PRATA, Ana (coord.) – *Código Civil anotado, Vol. 1*. 2ª ed. Almedina, 2019.
- RAMIÃO, Tomé d'Almeida – *Lei de proteção de crianças e jovens em perigo: anotada e comentada: Jurisprudência e legislação conexa*. 9ª ed. Quid Juris, 2019.
- RAPOSO, Vera Lúcia - *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra Editora, 2005.
- RAPOSO, Vera Lúcia – *O Direito à Imortalidade: o Exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto Jurídico do embrião in vitro*. Almedina, 2014.
- RAPOSO, Vera Lúcia – «Quando a cegonha chega por contrato». In *Boletim da Ordem dos Advogados*. N.º 88 (mar. 2012), pp 26-27.
- RAPOSO, Vera Lúcia - «Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)». In *Revista do Ministério Público*. Ano 38, n.º 149, Lisboa, (2017), pp 9-51.
- REIS, Rafael Vale e – Parentalidade e Filiação [em linha]. CEJ, 2018. [Consult. 08/10/20]. Disponível em <https://bit.ly/3sb6cGt>.
- ROBINS, Jared C. [et al.] - «ENDOCRINE DISRUPTORS, ENVIRONMENTAL OXYGEN, EPIGENETICS AND PREGNANCY». In *HHS public access* [Em linha]. Vol.1, n.º 3 (2011), pp. 690-670 [Consult.15/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3u3QpeB>.
- RODRIGUES, Carla – Direito da Família e das Crianças – Temas atuais em Debate – [em linha]. CEJ, 2020. [Consult. 08/10/20]. Disponível em <https://bit.ly/3jsvSfy>, p. 60.

RUIZ-ROBLEDILLO, Nicolás; MOYA-ALBIO, Luis - «Gestational surrogacy: Psychosocial aspects Gestación subrogada: aspectos psicosociales». In *Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid* [Em linha]. Vol. 25, n.º 3 (2016), pp. 187-193 [Consult.14/01/21]. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1132055916300230>.

SÁ, Eduardo (coord.) – *a maternidade e o bebé*. Fim de Século, 1997.

SÁ, Mafalda de – «O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério». In *Lex Medicinæ: revista portuguesa de direito da saúde*. Instituto Jurídico| Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 30 (jul./dez. 2018).

SHELTON, Katherine H. [et al.] - «Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies». In *IJBD* [Em linha]. Vol.3, n.º 5 (2009), pp. 385-392 [Consult.15/01/21]. Disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0165025409338444>.

SILVA, Miguel Oliveira da – Parentalidade e Filiação [Em linha]. CEJ, 2018. [Consult. 08/10/20]. Disponível em <https://bit.ly/3sb6cGt>.

SNS24 – Guia para grávidas [em linha]. DGS/RISCAR, actual. 2019. [Consult. 13/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3uJqLvm>.

SODERTROM-ANTTILA, Viveca [et al.] - «Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families-a systematic review». In *PubMed.gov* [Em linha]. Vol. 22, n.º 2 (2016), pp. 260-276 [Consult.14/01/21]. Disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26454266/>.

STERN, Daniel S.; BRUSCHWEILLER-STREN, Nadia; FREELAND, Alison – *O nascimento de uma mãe: Como a Experiência da Maternidade transforma uma Mulher*. Ambar, 2000.

STWILWELL, Isabel - «ENTREVISTA A EDUARDO SÁ: Dentro ou fora do útero um bebé não se dá, aluga ou vende». In *Destak* [Em linha]. (2012), [Consult.13/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3s8sj0g>.

UN Human Rights Council, 6, Geneva, 2018 – Surrogacy and the sale of children: sumário. Geneva: UN Human Rights, 2018.

VALE E REIS, Rafael - «Erro crasso na maternidade de substituição». In *Público* [Em linha]. (2016), [Consult.15/01/21]. Disponível em <https://bit.ly/3uLprbl>.

VARELA, João Antunes - *Direito da Família Vol. I.*, 5ª ed. Petrony, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 9ª ed. Almedina, 2019.

World Health Organization. Infertility.WHO. 2020 (02/10/20) Disponível em <https://bit.ly/2WqGNPv>.

## **CNECV**

CNECV - PARECER N.º 41 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. 2003. [Consult. 06/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3gjzS27>.

CNECV - PARECER DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA PARECER SOBRE A PROPOSTA DE LEI N.º 65/X (Alteração à Lei n.º 12/93, de 22 de Abril - Colheita e Transplante de órgãos e tecidos de origem humana). 2006. [Consult. 06/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3sdxFr2>.

CNECV - Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. 2012. [Consult. 10/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3aEjrJO>.

CNECV - RELATÓRIO SOBRE PROcriação Medicamente Assistida (PMA) e GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO. 2012. [Consult. 14/10/20] Disponível em <https://bit.ly/3g6YniE>.

CNECV - Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA)

e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS). 2016. [Consult. 20/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3g72cog>.

CNECV- RELATÓRIO E PARECER SOBRE O PROJETO DE DECRETO REGULAMENTAR REFERENTE À REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO, QUE REGULA O ACESSO À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. 2017. [Consult. 15/09/20] Disponível em <file:///C:/Users/inesa/Downloads/parecer-n-o-92-cnecv-2017-sobre-o-projeto-de-decreto-regulamenta.pdf>.

CNECV - PARECER SOBRE OS PROJETOS DE LEI n.º 247/XIV/1.ª do PAN e n.º 71/XIV/1.ª do BE SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. 2020. [Consult. 03/09/20] Disponível em <https://bit.ly/3wRu05S>.

## **Legislação**

Código Civil. Decreto-Lei n.º 47344. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I (1966-11-25).

Constituição da República Portuguesa. Decreto de aprovação da Constituição. Diário da República n.º 86/1976, Série I (1976-04-10).

Conselho da Europa, PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E A BIOMEDICINA RELATIVO AO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS DE ORIGEM HUMANA (2013). [Consult. 11/12/2020]. Disponível em <https://bit.ly/2RlyMYX>.

Convenção dos Direitos da Criança (1989) [Consult. 11/12/2020]. Disponível em [https://www.unicef.pt/media/2766/unicef\\_convenc-a-o\\_dos\\_direitos\\_da\\_crianca.pdf](https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf).

Declaração dos Direitos da Criança (1959) [Consult. 17/09/2020]. Disponível em [https://hff.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/06/declaracao\\_dos\\_direitos\\_da\\_criancadoc.pdf](https://hff.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/06/declaracao_dos_direitos_da_criancadoc.pdf).

Parlamento Europeu, Proposta de Resolução (2016). [Consult. 17/09/2020]. Disponível em <https://bit.ly/3wZZRS7>.

Parlamento Europeu, Proposta de Resolução (2015). [Consult. 17/09/2020]. Disponível em <https://bit.ly/3dbnpez>.

## **Jurisprudência**

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 288/98, de 17 de maio de 1998, Publicado em Diário da República, n.º 91/1998, 1º Suplemento, Série I-A de maio de 1998, p. 1714-(2) a 1714-(35), disponível em: <https://bit.ly/3gAk379>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 101/2009, de 3 de março de 2009, Publicado em Diário da República, n.º 64, Série II, a 1 de abril de 2009, p.12452-12472, disponível em: <https://bit.ly/3dQxEpe>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 225/2018, de 7 de maio de 2018, Publicado em Diário da República, n.º 87/2018, Série I, de 7 de maio de 2018, pp. 1885-1979, disponível em: <https://bit.ly/3tfg4QZ>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 465/2019, de 18 de outubro de 2019, Publicado em Diário da República, n.º 201/2019, Série I, de 18 de outubro de 2019, pp. 117-137, disponível em: <https://bit.ly/3e2frDZ>.

ACÓRDÃO DO STJ, de 6 de maio de 2019, processo n.º 1687/03.8TBFAR-A.E1.S1, disponível em: <https://bit.ly/3gJZV1J>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 123/2021, de 12 de março de 2021, Publicado em Diário da República, n.º 70/2021, Série I, de 12 de março de 2021, pp. 5-93, , disponível em: <https://bit.ly/3gzB13B>.