



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Juliana Almeida Dias

Gestação de Substituição – Análise Problematizante do Regime Legal no
Ordenamento Jurídico Português

Gestational Surrogacy – A Problematic Analysis of the Legal Regime in the
Portuguese Legal System

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de
Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

Orientador: Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Coimbra, 2018

Agradecimentos

Tudo o que idealizei até hoje apenas se tornou uma realidade com o apoio de algumas pessoas. Esta dissertação não foi uma exceção. Não a posso considerar como minha, pois é, em parte, vossa também.

À minha mãe, por tudo.

Ao Ricardo, à Sara e à Apolline, pelo apoio incondicional e pelas palavras certas em todos os momentos.

Ao Bruno, por ser mais do que um ombro que me reconforta, aquele a quem as palavras não são suficientes para agradecer.

À Madalena, ao José, à Eugénia e ao Venâncio por me acolherem, sempre, como uma filha.

À Paula, por tudo o que já vivemos e continuaremos a viver.

À Diana Simões, a quem eu prefiro chamar “o meu melhor tiro no escuro” e ao João.

À Graça, ao Tiago, ao João Esteves, à Juliana, ao Gabriel, à Bárbara e à Maria Margarida, por serem um ombro amigo em qualquer altura.

À Ângela e à Cátia, pelo apoio e carinho nos momentos em que mais precisei.

Aos meus colegas do mestrado, em especial ao Rui, ao Nelson, ao Vítor, à Mariana e à Raquel.

Ao meu orientador, Doutor André Gonçalo Dias Pereira, por fazer jus à palavra “mestre”, que tanto me ensinou e que sempre me auxiliou em todos os momentos que precisei.

Resumo

A gestação de substituição consiste em um acordo pelo qual uma mulher, a gestante de substituição, se compromete a gerar uma criança para terceiros, nomeadamente para o casal beneficiário, sendo que, após o parto renuncia aos poderes-deveres que dispõe sobre a criança. Por outras palavras, renuncia à condição jurídica de “mãe”.

No ordenamento jurídico português, a regra é a de que estes contratos são nulos, podendo os intervenientes incorrer em sanções criminais. Todavia, o legislador admitiu que, em casos muito específicos, estes fossem admitidos, pela Lei nº 25/2016, de 22 de agosto. Como se trata de uma questão bastante sensível, houve a necessidade de consagrar regras e esclarecer algumas que já constavam do diploma legal que a admitiu, tendo o legislador feito no Decreto-Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho.

Várias questões emergem no âmbito destes contratos, nomeadamente, quais os requisitos que devem ser observados para que possa existir um contrato de acordo com a lei, quais as fases do processo, quem pode, efetivamente, recorrer a estes contratos e, por último, quais os direitos e deveres dos intervenientes neste processo.

Os direitos e deveres das partes são, sem dúvida, a matéria que maior destaque merece em todo o processo, mas que não foram tutelados exaustivamente pelo legislador, como seria expectável. Existem direitos previstos na legislação laboral, que podem gerar dúvidas sobre quem são os verdadeiros destinatários.

Fica, em nota de pesar, o desejo de uma regulamentação mais exaustiva, principalmente dos direitos da gestante de substituição, visto ser esta a que mais necessita de proteção legal, de forma a evitar a instrumentalização do corpo da mulher.

Palavras-chave: Gestação de substituição, PMA, direitos da mulher gestante, filiação, contratualização da maternidade.

Abstract

Gestational surrogacy consists of an agreement, in which a woman, the surrogate, pledges to gestate a child for a third party, namely the beneficiary couple. After the birth of this child, the surrogate renounces any rights she has over the child; she renounces her legal right as a mother.

In the Portuguese Legal System, these contracts of surrogacy are null and void. Entailing their celebration, possible criminal sanctions. With the Law n° 25/2016, August 22nd, lawmakers admitted in specific circumstances such contracts. Because of the sensitive nature of the subject, there was a need to establish certain rules and clarify some issues raised by the text of law; such was done through the Implementing Decree n° 6/2017, July 31st.

Several issues emerged with these contracts one of them being which requisites must be uphold, so this agreement can be seen as a legal contract, what are the stages of the process, who can resort to such contracts and which are the rights and obligations of each party.

The rights and obligations are without a doubt the most important part of all this process, but the lawmakers, as expected, did not thoroughly protect these. Within such contracts there are labour rights that suggest doubt to whom they may apply.

It is with a sad note, that I contest that a more extensive regulation should be taken, considering the rights of the surrogate, since she is the most vulnerable party in the contract, so that, not to allow a instrumentalization of the female body.

Key-words: Gestational surrogacy, medically assisted procreation, rights of the pregnant woman, filiation, contratualisation of motherhood.

Siglas e abreviaturas

CC – Código Civil;

CDHBio – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina;

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida;

CNPMA – Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida;

CP – Código Penal;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

CT – Código do Trabalho;

HFEA – Human Fertilisation and Embryology Act;

IRN – Instituto dos Registos e do Notariado;

Nº – Número;

PMA – Procriação Medicamente Assistida;

P(p) – página (s);

RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível;

EU – União Europeia.

Índice

Agradecimentos	1
Resumo	2
Abstract	3
Siglas e abreviaturas	4
Índice	5
Introdução	8
I. Necessidade de intervenção legislativa.....	10
1. Técnicas de Procriação Medicamente Assistida	10
2. O caso da gestação de substituição	13
II. Admissibilidade da gestação de substituição no contexto internacional	17
1. Países que admitem	17
1.1. Grécia	17
1.2. Reino Unido	18
1.3. Rússia	19
2. Países que não admitem	20
2.1. Alemanha	20
2.2. França.....	20
2.3. Itália	22
2.4. Espanha	22
3. O caso dos EUA	25
III. As técnicas de Procriação Medicamente Assistida no ordenamento jurídico português.....	27
1. Considerações gerais	27
2. Os beneficiários.....	29
3. Os contratos de gestação de substituição	33
3.1. Definição	33
3.2. Requisitos.....	34

3.3.	Fases do processo.....	36
3.4.	Beneficiários no âmbito dos contratos de gestação de substituição.....	38
IV.	Os direitos e deveres da gestante de substituição e do casal beneficiário	41
1.	Direitos comuns às partes.....	41
1.1.	Consentimento	41
1.2.	A revogação do consentimento	43
1.3.	Consequências da revogação do consentimento	45
1.4.	Denúncia	46
2.	Direitos da gestante de substituição	47
2.1.	Direito à escolha do obstetra, tipo e lugar do parto	47
2.2.	Direito a acompanhamento psicológico.....	47
2.3.	Direito de recusa de tratamentos	48
2.4.	O direito a interromper voluntariamente a gravidez	48
2.5.	Direito a receber o valor das despesas	49
2.6.	Direitos de parentalidade	49
2.7.	Licença pós-parto.....	51
2.8.	Direito a amamentar.....	52
3.	Deveres relativos à gestante de substituição	53
3.1.	Dever de respeitar as orientações médicas.....	53
3.2.	Dever de não aceitar qualquer tipo de pagamento ou doação.....	53
3.3.	Dever de entregar a criança.....	54
4.	Direitos do casal beneficiário.....	54
4.1.	Direitos de parentalidade	54
4.2.	Licença parental inicial	56
4.3.	Direito a receber a criança	56
5.	Deveres dos beneficiários	57

5.1. Dever de não ingerência no estilo de vida da gestante de substituição	57
5.2. Dever de pagar – apenas – as despesas	57
Conclusão.....	59
Bibliografia	61
Pareceres	64

Introdução

A gestação de substituição é um acordo celebrado entre uma mulher – a gestante de substituição – e um casal – beneficiários –, de acordo com o qual a primeira se compromete a gerar uma criança e, após o parto, entregá-la aos segundos, renunciando a todos os direitos que dispõe sobre ela, assim como à qualificação jurídica de “mãe”¹.

Não se trata de uma matéria recente, visto que, esta surge retratada em textos bíblicos, em que Raquel diz a Jacob: “Aqui está a minha serva Bala. Une-te a ela, para que ela dê à luz sobre os meus joelhos. Assim terei filhos por meio dela”². Este é um caso de gestação de substituição por meio de – nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA – “adulterio consentido”³. Neste caso, a mulher gestante dá também o ovócito.

No ordenamento jurídico português, estes contratos estão regulados na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho que, na sua versão originária, determinava a nulidade de qualquer contrato desta natureza, para além das sanções criminais nas quais poderiam os intervenientes incorrer. Apesar disso, vários projetos foram apresentados na Assembleia da República, em meados de 2012, sendo que alguns foram alvo de grande destaque, tais como o Projeto de Lei 131/XII do Partido Socialista e o Projeto de Lei 138/XII do Partido Social Democrata. A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto veio admitir que, sob a observância de requisitos muito estritos, fosse admissível a gestação de substituição, sendo que a complexidade desta matéria levou o legislador a elaborar o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho. Ao contrário da hipótese bíblica, no ordenamento jurídico português, a gestante está proibida de contribuir com qualquer ovócito.

Neste âmbito, surgem questões de saber como e qual a entidade que deve resolver os conflitos que resultem destes contratos, assim como os direitos que cabem às partes e quais os deveres que estas devem cumprir. Para além disso, devemos considerar as alternativas à gestação de substituição e a razão pela qual estas não são preferidas por quem recorre a estes contratos⁴. É iminente conjugar todos os interesses envolvidos, sem nunca

¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe para Mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, 2005, p. 13.

² *Génesis 30*.

³ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só [uma] duas!*, Coimbra Editora, 1992, p. 11.

⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe...*, cit., pp. 23-29.

deixar de considerar que estamos perante situações em que nenhuma das partes são “a mesma pessoa depois de passar por um período dessa natureza”⁵.

⁵ MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer*, Caminho, Lisboa, 2017, p. 163.

I. Necessidade de intervenção legislativa

1. Técnicas de Procriação Medicamente Assistida

Desde cedo que a intervenção legislativa, nesta matéria, se revelou crucial, visto ser uma área com um progresso inigualável. Contudo, alguns autores defendiam que o legislador não deveria intervir, tendo em conta que se tratava de um ramo pouco explorado, acrescentando que o Direito não deveria interferir na ciência. Todavia, a posição dominante parecia ser mais propícia à intervenção legislativa⁶, por razões de segurança jurídica, no sentido em que é necessário que o Direito defina aquilo que é ou não é lícito. Entendiam que, para isso, era necessário alargar o âmbito de alguns conceitos que se apresentavam como básicos, como o da dignidade do ser humano, da maternidade e da paternidade.

Do ponto de vista comunitário, havia já uma preocupação pela regulamentação destas matérias, sendo que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa elaborou a Recomendação nº 1046 *sobre a utilização de embriões e fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais*, de 1986 que impulsionou os Estados-membros a legislarem, uma vez que, estes deveriam definir os parâmetros das técnicas de PMA. A legislação portuguesa relativa a esta temática apenas surgiu em 2006, porém, outros Estados-membros da UE já tinham legislado acerca da mesma, sendo exemplo disso a *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* de 1988 (Espanha)⁷.

No entanto, é de salientar que, o ordenamento jurídico português já continha algumas disposições legais a propósito das técnicas de PMA: o artigo 1839º, nº 3 do CC estabelece que «Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu»⁸. Antes de mais, devemos precisar alguns conceitos quanto a este preceito.

Primeiramente, é necessário entender que o ordenamento jurídico português, relativamente ao estabelecimento da filiação, prevê determinadas presunções que podem ser objeto de reflexão. O nº 1, do artigo 1826º do CC contém a presunção de que o pai do filho nascido na constância do matrimónio é o marido da mãe, tendo o legislador português

⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, «Legislar sobre Procriação Assistida», in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, pp.73-90.

⁷ PAULA MARTINHO DA SILVA E MARTA COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp 10-11.

⁸ Redação do Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro.

acolhido a concepção germânica da regra *pater is est*, tendo em conta que é mais provável que o autor da fecundação seja o marido da mãe⁹. Esta presunção aplica-se não só aos casos em que a concepção e o nascimento ocorreram na vigência do casamento, mas também aos casos em que a concepção se deu antes e a criança veio a nascer durante o casamento e, ainda, aqueles em que a concepção ocorreu durante o casamento, mas a criança veio a nascer depois do casamento¹⁰. A Reforma de 1977 enfraquece esta presunção já que alarga os casos em que esta não procede – artigos 1828º, 1829º, 1832º, 1939º –, atribuindo relevo ao princípio da verdade biológica.

Várias conclusões emergem da leitura conjunta dos nº 1 a 3 do artigo 1839º, nomeadamente, o facto de o filho ter legitimidade para impugnar a paternidade e, ainda, se o marido deu consentimento assente em erro ou dolo, por pensar que o sémen seria o dele, poderá – para além do filho – impugnar a paternidade. Quanto ao texto do artigo 1839º, nº 3, embora o legislador o não consagrasse expressamente, estamos perante a inseminação artificial heteróloga, aquela que resulta do sémen de um terceiro, que não o marido da mãe. Denotamos que o legislador dá primazia à proibição do *venire contra factum proprium* em detrimento do «interesse capital do filho na sua paternidade real ou na paternidade legal»¹¹. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA classificam esta solução do nº 3 como «precipitada» – que se assemelha à solução do sistema jurídico suíço e búlgaro –, comparando-a com outras soluções europeias que surgiram na mesma época.

A título de exemplo, a lei italiana de 19 de maio de 1975 (nº 151), alterou por completo o artigo 235º do Código Civil e deparando-se com as situações de impotência absoluta do marido, não enveredou pela questão da inseminação artificial, dada a “delicadeza ético-jurídica”, reservando para a jurisprudência o conhecimento desta matéria¹². Por outro lado, GUILHERME DE OLIVEIRA entendia que esta norma não se tratava de um reconhecimento das novas técnicas de PMA, nem que o legislador de 1977 tomou partido quanto à discussão

⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, 1ª Edição, Almedina, 1979, p. 59.

¹⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 118-119. Em relação ao estabelecimento da filiação no âmbito das técnicas de PMA, *vide infra* cap. III, 2.

¹¹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume V, Coimbra Editora, 1995 pp.187-188.

¹² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pp. 189.

de saber se era ou não admissível a inseminação heteróloga: este apenas regulou um dado aspeto do regime, para o caso desta modalidade de PMA vir a ser aceite¹³.

O artigo 67º, nº 2, alínea e) da CRP já exigia a intervenção legislativa em sede de técnicas de PMA¹⁴, incumbindo ao Estado “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”¹⁵. Parte da doutrina questionava-se acerca da constitucionalidade das técnicas de PMA, no entanto, o preceito colocou um termo a essas questões, no sentido em que, o que estava em causa era uma exigência de intervenção legislativa. Pela leitura da norma excluímos, desde logo, as técnicas de PMA que lesem a dignidade da pessoa humana. Surge, todavia, a questão de saber se os custos das técnicas em causa deverão ser suportados – ainda que parcialmente – pelo Estado. É evidente que a alínea e) apenas se refere à regulamentação da procriação assistida, contudo, podemos pensar em situações em que a conceção só é viável através das técnicas de PMA¹⁶, já que, nestes casos, pode surgir um conflito com o Direito, Liberdade e Garantia, plasmado no artigo 36º, nº 1, 1ª parte da CRP, designadamente, o direito a constituir família.

Importa perceber que em 1986, foi criada a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, na qual FRANCISCO PEREIRA COELHO desempenhou o cargo de presidente, cuja tarefa era a realização de um anteprojeto de lei, que culminou no Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de setembro. É de enaltecer esta tentativa de legislar sobre as técnicas de PMA, tendo em conta a época e o pouco conhecimento das mesmas, prevalecendo o carácter restritivo que se denota ao longo do preâmbulo do Decreto-Lei. As técnicas de PMA admitidas eram a inseminação artificial homóloga, fertilização in vitro e fertilização intra-tubária (com sémen fresco), porém, a inseminação artificial heteróloga apenas poderia ser realizada com sémen recolhido, analisado e conservado por instituições públicas ou privadas devidamente autorizadas (artigo 1º, nº1 deste Decreto-Lei), sendo que

¹³ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspectos jurídicos da procriação assistida”, in *Temas do Direito da Medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 11-12.

¹⁴ PAULA MARTINHO DA SILVA E MARTA COSTA, *ob. cit.*, p. 11.

¹⁵ Esta alínea foi aditada pela Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de setembro.

¹⁶ J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 859-860.

esta autorização era desnecessária quando se tratassem de técnicas de PMA homólogas (artigo 1º, nº 2 do supramencionado diploma)¹⁷.

2. O caso da gestação de substituição

Devemos, antes de mais, definir o que se entende por gestação de substituição, sendo um contrato segundo o qual “uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de mãe”¹⁸.

A regulação destes contratos sempre foi muito discutida, tendo em conta o receio de que, sendo estes contratos onerosos, se criasse um “comércio de bebés”. Defensores existiam no sentido da validade destes contratos – quando estes assentassem na gratuidade –, com base no direito constitucional a constituir família, socorrendo-se do argumento de que a adoção e a gestação por outrem eram figuras idênticas e ainda, no facto de saber se o direito a procriar pode conferir, aos inférteis, um direito a recorrer a todas as técnicas de PMA¹⁹.

Em Portugal, a gestação de substituição era proibida pelo projeto elaborado pela Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, no seu artigo 5º, sendo punível com pena de prisão até 3 anos no artigo 47º²⁰. Em julho de 2006, entrou em vigor a Lei nº 32/2006, de 26 de julho, que regula as técnicas de PMA. O seu artigo 8º, na sua versão originária, determinava, também, a nulidade dos contratos de gestação de substituição, quer fossem gratuitos ou onerosos. À data, o artigo 39º desta lei não estabelecia sanção criminal para a gestação de substituição altruísta, mas apenas para a onerosa. Ora, esta norma foi um dos motivos que levou a que alguns deputados à Assembleia da República requeressem a declaração, com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade da Lei nº 32/2006, de 26 de julho. Para tal, fundamentaram que esta norma espelhava a permissividade, em relação aos contratos de gestação de substituição, por parte do legislador

¹⁷ PAULA MARTINHO DA SILVA E MARTA COSTA, *ob. cit.*, p. 11.

¹⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só...*, cit., pp. 8-9.

¹⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só...*, cit., pp. 47-68, onde o autor refuta, pormenorizadamente, estes argumentos.

²⁰ Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Coimbra, 1990, p. 41 e 61.

e que se traduzia numa violação da dignidade do ser humano, assim como fraude à lei por ir contra o plasmado no artigo 8º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho e contra os artigos 25º, 26º, 67º e 68º da CRP. O Tribunal Constitucional determinou que não se tratava de um comportamento permissivo por parte do legislador, mas tão-só o facto de que ambas as modalidades eram proibidas, porém, numa delas – a gratuita, por ser vista como “menos censurável” – operava a nulidade, sendo que se aplicava o artigo 1796º, nº 1 do CC, enquanto que na outra – onerosa – para além da nulidade, e conseqüente aplicação deste artigo, acrescia ainda a sanção criminal²¹.

A solução da nulidade não excluía as dúvidas com as quais eram confrontados os funcionários que desempenhavam funções de registo no estrangeiro, em virtude de contactarem com casos em que cidadãos portugueses – beneficiários – recorriam à gestação de substituição em países que admitiam esta técnica, querendo posteriormente registar a criança como filha deles próprios. Neste contexto, a Direção de Serviços de Administração e Proteção Consulares veio solicitar ao IRN o esclarecimento dos poderes de que os funcionários podiam lançar mão quando se vissem confrontados com um caso de registo de nascimento nestas condições²². O IRN privilegia a solução do artigo 102º, nº 5 e 6 do Código do Registo Civil que determina que se o nascimento ocorrer em território português, numa unidade de saúde na qual não seja possível declarar o nascimento, devem os pais, no momento do registo, apresentar um documento que comprove que o parto ocorreu e o nome da respetiva parturiente. Assim, a mulher que consta na declaração de nascimento como mãe deve ser a que dá à luz. Todavia, pode dar-se o caso de um homem que, de forma individual, recorre à gestação de substituição no estrangeiro e a certidão estrangeira de nascimento nada diz em relação à parturiente. Aqui, não conhecendo a identidade da gestante, a declaração de nascimento pode ser aceite só com a paternidade estabelecida. Para além disso, o IRN refutava as normas de direito internacional privado que mandavam aplicar a lei estrangeira com base no artigo 22º do Código Civil, que proíbe a aplicação da mesma quando esteja em causa a ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português.

²¹ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 101/2009, pp. 46-49.

²² Deste pedido resultou o Parecer P.º C.C. 96/2010 SJC, disponível em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2010/p-c-c-96-2010-sjc/downloadFile/file/CC96-2010.pdf?nocache=1336048963.7> (30.12.17).

Discutia-se, todavia, a necessidade de o legislador consagrar exceções à proibição dos contratos de gestação de substituição surgindo, para o efeito, os projetos de lei do Bloco de Esquerda, do Partido Socialista²³ e do Partido Social Democrata²⁴. O projeto-lei do Bloco de Esquerda foi rejeitado, por deliberação parlamentar, a 20 de janeiro de 2012, uma vez que permitia o acesso à gestação de substituição a todas as mulheres, mesmo por aquelas que não apresentassem diagnóstico de infertilidade. Neste contexto, a pedido da Assembleia da República, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida elaborou o Parecer 63/CNECV/2012, de modo a apreciar o conteúdo das propostas do PS e do PSD. Estes projetos de lei admitiam a gestação de substituição²⁵ em casos excecionais e sob a verificação de requisitos de admissibilidade estritos. Os dois projetos de lei consagravam a natureza gratuita deste contrato, o que levou o CNECV a afirmar que este carácter excecional e gratuito eliminava as principais críticas de que esta figura era alvo. Deste modo, conclui-se pela admissibilidade da gestação de substituição, desde que a lei consagrasse as condições apresentadas neste parecer (um total de treze).

Apesar de serem diversas as opiniões, todas convergiam num pensamento: a intervenção legislativa deve ser feita de forma “exaustiva e cautelosa”²⁶. VERA LÚCIA RAPOSO afirmava que era crucial criar um regime jurídico que acompanhasse as partes, quer ao nível jurídico, quer psicológico, que controlasse as prestações devidas e ainda que consagrasse um período de reflexão para a gestante²⁷.

A Lei nº 25/2016, de 22 de agosto, veio alterar o artigo 8º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho admitindo, mediante a verificação de numerosos requisitos, os contratos em causa. É importante referir que se os contratos forem celebrados fora destes parâmetros, os

²³ Projeto de Lei 131/XII.

²⁴ Projeto de Lei 138/XII.

²⁵ Embora nos projetos de lei em causa se falasse de “maternidade” de substituição, o CNECV optou por referir-se a “gestação” de substituição tendo em conta que “a semântica escolhida nunca é indiferente em bioética”.

²⁶ ANA ISABEL CABO, “Maternidade de Substituição”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 88 (2012), pp. 22-24.

²⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, “Quando a cegonha chega por contrato”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 88 (2012), pp. 26-27.

intervenientes serão responsabilizados criminalmente, tal como dita o artigo 39º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

Deve salientar-se que o atual artigo 8º da Lei da PMA teve em consideração algumas das condições que o CNECV propôs no Parecer 63/CNECV/2012, porém não as consagrou na sua totalidade, pelo que iremos analisá-las mais adiante.

II. Admissibilidade da gestação de substituição no contexto internacional

1. Países que admitem

1.1. Grécia

No ordenamento jurídico grego estão em vigor duas leis que respeitam às técnicas de PMA: a Lei 3089/2002 regula o quadro legal geral destas técnicas e a Lei 3305/2005, de 27 de janeiro de 2005 que, para além de regular o quadro das clínicas de fertilidade, ainda cria uma entidade à qual cabe a função de supervisionar o cumprimento das normas estabelecidas na primeira lei. Ambas têm como objetivo salvaguardar o supremo interesse da criança, para além de perseguirem os direitos individuais à autonomia e à liberdade e o direito a procriar que se relaciona com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade²⁸.

A Lei 3089/2002 vem alterar os artigos 1455º a 1460º do CC grego, sendo que admite as técnicas de PMA apenas como método subsidiário²⁹, sendo admissíveis – apenas – na idade fértil da pessoa que queira ser submetida a estes tratamentos. Quanto ao consentimento este deve ser por escrito e deve ser dado pela mulher que vai recorrer a uma destas técnicas, se for solteira. No caso de ter marido ou unido de facto, este também deve prestar o seu consentimento, com a particularidade de ser perante um notário³⁰.

A gestação de substituição é permitida, apesar de ter muitos requisitos. Deve ser antecedida de um acordo assinado pelos intervenientes: a beneficiária, a gestante e, no caso de serem casadas ou viverem em união de facto, pelos companheiros. Este acordo estará sujeito a autorização judicial, devendo ser um processo intentado pela beneficiária ao qual é anexado ao acordo uma declaração de um médico, em que consta o diagnóstico de infertilidade da beneficiária e ainda uma declaração que esclareça que a gestante tem todas as capacidades físicas e mentais para levar a gravidez até ao fim³¹. O artigo 1463º do CC grego estabelece o princípio *mater semper certa est*, isto é, estabelece que é mãe aquela que dá à luz. A exceção apenas surge no artigo seguinte que estabelece que no caso de gestação

²⁸ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *Gestación por Substitución en España*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2017, p. 139-143.

²⁹ O artigo 1455º do CC grego apenas permite que sejam utilizadas estas técnicas como forma de suprir a incapacidade de ter filhos pela forma natural ou como forma de evitar a transmissão de uma doença genética grave.

³⁰ Artigo 1456º do CC grego.

³¹ Artigo 1458º do CC grego.

de substituição é mãe aquela a quem o tribunal reconheceu a maternidade, uma vez que, a autorização judicial atribui automaticamente a maternidade após o nascimento à beneficiária. Em relação ao estabelecimento da paternidade, se a beneficiária for casada, é considerado pai o marido da mãe. Caso não seja casada, o consentimento prestado pelo companheiro da beneficiária, exigido pelo artigo 1456º, vale como reconhecimento da paternidade, assim como determina o artigo 1475º do CC grego.

A gestante não pode contribuir com nenhum gâmeta, porém pode ser colocada a questão de saber se ambos os gâmetas podem ser de dadores³².

1.2. Reino Unido

A gestação de substituição foi, desde cedo, objeto de especial atenção no Reino Unido³³, sendo prova disso o *Surrogacy Arrangements Act*, de 16 de julho de 1985, que mesmo numa época cujo conhecimento técnico acerca desta matéria era escasso, não deixou de precisar alguns conceitos, como por exemplo, o conceito de “*surrogate mother*” e estipula ainda algumas condições para que a gestação seja admitida. Para além deste diploma, surgiu, em 1990, o *Human Fertilisation and Embryology Act* que regula, com mais detalhe, as técnicas de PMA, alterando o primeiro.

Os contratos de gestação de substituição são admitidos, apenas aqueles que possuem caráter altruísta³⁴. Neste país, várias críticas surgiram em torno da onerosidade destes contratos, às quais Kim Cotton respondeu: “*Instead of open and honest payment for surrogate, everything above board, it’s going to actually drive it underground*”³⁵.

³² SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 140.

³³ A este propósito, importa lembrar que a primeira gestante de substituição britânica foi Kim Cotton, a quem foi paga uma quantia pecuniária de 6,500 libras para gerar uma criança para um casal infértil em 1985. Foi presidente do COTS (Childlessness Overcome Through Surrogacy) até 1999, entidade que ajudava as pessoas que estavam a passar pelo processo da gestação de substituição.

³⁴ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 153-154. Nesta obra, a autora apresenta alguns casos em que existe pagamento à gestante, porém os tribunais dão primazia ao princípio do supremo interesse da criança em detrimento da proibição dos contratos de gestação de substituição a título oneroso.

³⁵ STEPHEN WILKINSON, *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*, Routledge, Londres, 2003, p.138.

No que toca ao estabelecimento da filiação, neste ordenamento jurídico vale inteiramente o princípio *mater semper certa est*, visto que a maternidade é constituída a favor de quem deu à luz (artigo 33, nº 1 do Human Fertilisation and Embryology Act), ou seja, da gestante, afastando-o, desta forma, do sistema grego, que cria uma exceção quando estamos perante estes contratos. A paternidade estabelece-se da seguinte forma: se a gestante não for casada, será tido como pai, o beneficiário se este contribuiu com os gâmetas; por outro lado, se a gestante for casada ou viver em união de facto, será tido como pai o marido da gestante, de acordo com o princípio *pater est quem nuptiae demonstrant* e não o beneficiário, mesmo que seja o pai biológico.

Os beneficiários devem, entre as seis semanas e os seis meses após o nascimento, propor uma ação no tribunal, a “*paternal order*”³⁶, para que este estabeleça a filiação a seu favor, o que não será possível se a gestante se opuser. Note-se que este acordo para a entrega da criança dado pela gestante é ineficaz se tiver sido dado num tempo inferior a seis semanas após o nascimento. Os autores da ação devem ter, pelo menos, dezoito anos na data da propositura da ação, devem ser casados ou viver em união de facto (quer sejam do mesmo sexo, ou de sexo diferente), um deles deve ter doado os gâmetas e devem residir na Grã-Bretanha, nas Ilhas do Canal ou na Ilha de Man³⁷.

Em suma, neste ordenamento jurídico, os intervenientes assinam um acordo, todavia este não os vincula, no sentido em que se algum deles não cumprir, não pode o outro exigir judicialmente o cumprimento do clausulado.

1.3. Rússia

A Lei Federal sobre os Fundamentos da Proteção da Saúde dos cidadãos, datada de 2011 é omissa quanto ao facto de saber se estes contratos são admitidos apenas a título gratuito ou se é possível a modalidade comercial, logo, percebemos que ambos são possíveis³⁸. Esta lei prevê alguns requisitos em relação à gestante: esta deve ter entre 20 e 35 anos, deve ter um filho próprio saudável e deve ainda, a gestante, obter uma declaração de um médico que determine que esta é sã. Se a gestante for casada deve ainda obter o

³⁶ A *paternal order* está plasmada no artigo 54º do HFEA.

³⁷ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 152.

³⁸ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 165.

consentimento do marido. Podem aceder a esta técnica de PMA quer os casais heterossexuais casados ou as mulheres a título individual, desde que seja apresentado o diagnóstico de infertilidade. Destarte, excluem-se os casais homossexuais – dado que segundo o ordenamento jurídico russo, o casamento homossexual é proibido – e os homens a título individual³⁹.

Os beneficiários devem apresentar-se perante a Conservatória do Registo Civil que corresponde à sua área, fazendo-se acompanhar de um documento assinado por um médico que certifique que a gestante deu o consentimento livre e voluntário para que os beneficiários possam constar do registo civil como pais daquela criança. Todavia, pode a gestante não dar o seu consentimento e, conseqüentemente, não entregar a criança, à semelhança do regime do Reino Unido, em que não se pode retirar a criança “à força” da mulher que a deu à luz⁴⁰.

2. Países que não admitem

2.1. Alemanha

No sistema jurídico germânico, embora os contratos de gestação de substituição sejam proibidos, nem a gestante, nem a beneficiária são punidas se recorrerem a esta técnica de PMA, tal como plasma o artigo 1º, parágrafo 2 do Embryo Protection Act (ESchG), de 13 de dezembro de 1990. A consequência será a de que a criança que vier a nascer não poderá ser registada como filha dos beneficiários, mas sim como filha da gestante e do seu marido, se for o caso. O artigo 1º, parágrafo 1 da mencionada lei é dirigido aos médicos que, com os seus conhecimentos técnicos, os direcionem para a gestação de substituição⁴¹.

2.2. França

A gestação de substituição é proibida pela *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain*, que alterou no seu artigo 2º, o artigo 16º do CC francês. O artigo 16º, n° 7 determina que toda a convenção dirigida à gestação de substituição é nula, estipulando o artigo 16º, n° 9 que as disposições que constam deste capítulo são de ordem pública.

³⁹ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 163.

⁴⁰ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 163-164.

⁴¹ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 108-110.

Desde cedo, os tribunais franceses pronunciaram-se acerca da ilicitude da gestação de substituição. O *Court de cassation*, no acórdão de 13 de dezembro de 1989, declarou ilícita a atividade levada a cabo pela associação *Alma mater*, criada com a finalidade de servir como intermediária nos contratos de gestação de substituição. Esta ajudava os casais que pretendiam recorrer à gestação de substituição a encontrar uma mulher que, mediante pagamento, aceitava ser gestante de substituição⁴².

Parte da doutrina considera necessária a admissão da gestação de substituição, no sentido em que defendem não violar os interesses da criança, nem os direitos da mulher que irá gestar, contudo – e por se tratar de uma relação que envolve muitas partes – é fulcral tentar harmonizar todos os interesses e direitos de cada um⁴³.

Apesar de ser expressamente proibida, casais de nacionalidade francesa recorriam a esta técnica em países estrangeiros, o que suscitava, posteriormente, problemas aquando do registo da criança. A jurisprudência tendia a não aceitar o registo da criança como descendente dos beneficiários, com fundamento em razões de interesse público e invocando que estava em causa o instituto de fraude à lei. Exemplo disso é o caso em que um casal francês recorreu a uma gestante de substituição californiana, uma vez que a beneficiária não conseguia suportar a gravidez, devido a uma doença congénita. A beneficiária contribuiu com gâmetas, nascendo gémeos. À data, a gestante ficou a constar como mãe dos gémeos no registo de nascimento. Contudo, o casal beneficiário volta a França e regista os gémeos como seus filhos. O Consulado Geral de França em São Francisco deu conhecimento desta situação ao Ministério Público, que impugnou a filiação, tendo o *tribunal de grande instance* decidido a favor do Ministério Público. O *cour de Rennes* confirmou esta decisão com base no artigo 423 do Código de Processo Civil francês⁴⁴, que atribui ao Ministério Público o poder de agir quando algum facto atente contra a Ordem Pública. Todavia, autores

⁴² VALÉRIE DEPADT-SEBAG, “De la nécessité d’une réforme de l’article 16-7 du Code civil relatif à l’interdiction de gestation pour autrui”, *Revue Générale de Droit Médical*, n° 12 (2004), p. 137.

⁴³ VALÉRIE DEPADT-SEBAG, “De la nécessité d’une réforme de l’article 16-7 du Code civil relatif à l’interdiction de gestation pour autrui”, *ob. cit.*, p. 147.

⁴⁴ VALÉRIE DEPADT-SEBAG, “De la nécessité d’une réforme de l’article 16-7 du Code civil relatif à l’interdiction de gestation pour autrui”, *ob. cit.*, pp. 150-151. O acórdão em causa está disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022116889> (03.01.18).

questionavam se o superior interesse da criança não ficaria acima destes fundamentos, uma vez que a criança ficaria privada do direito à identidade e filiação⁴⁵.

2.3. Itália

A Lei nº 40, de 19 de fevereiro de 2004, determina, no artigo 12º, nº 6, que a pessoa que intervenha na gestação de substituição⁴⁶ será punida com pena de prisão de três meses a dois anos, ou com pena de multa de 600 000 euros até um milhão de euros.

Quanto ao estabelecimento da maternidade, será mãe aquela que der à luz, *ex vi* do artigo 269º do CC italiano. Será considerado pai, o marido da mãe, se esta for casada, tal como está plasmado no artigo 231º do CC italiano⁴⁷. O pai genético pode perfilhar a criança, mediante uma declaração que lhe irá conferir os poderes legais relativos à paternidade⁴⁸.

2.4. Espanha

A primeira lei espanhola acerca das técnicas de PMA foi a Lei nº 35/1988, de 22 de novembro, tendo grande importância na época, uma vez que foi uma das primeiras leis acerca desta matéria. Contudo, a área da ciência está em constante mutação e, desta forma, a lei supramencionada foi ficando desatualizada face às novas técnicas de PMA que iam surgindo.

Surge, então, a Lei nº 45/2003, de 21 de novembro que alterou a Lei nº 35/1988, que apenas solucionou parcialmente alguns problemas que se colocavam. Esta lei autorizou que os embriões criopreservados, anteriores a novembro de 2003, podiam ser utilizados para outros fins, como a investigação, todavia os que fossem gerados posteriormente apenas poderiam ser utilizados para fins reprodutivos do casal que doou ou para doar a outras mulheres. Perante tudo isto, o Conselho Nacional de Reprodução Humana Assistida espanhola insistiu que era imprescindível a reforma da legislação que se encontrava em vigor.

⁴⁵ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob.cit.*, pp. 111-112.

⁴⁶ Devemos entender que se trata de qualquer médico, da gestante e dos beneficiários.

⁴⁷ FRANCESCO GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 12ª edição, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, pp. 409- 416.

⁴⁸ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 114.

Destarte, entra em vigor a Lei nº 14/2006, de 26 de maio, sobre as técnicas de reprodução humana assistida, que estipula no artigo 10º que os contratos de gestação de substituição são nulos, quer sejam gratuitos ou onerosos (nº1). Como é evidente, a maternidade é estabelecida pelo momento do parto (nº2). Há possibilidade, no entanto, do pai biológico (aquele que contribuiu com gâmetas) impugnar a paternidade, de acordo com as regras gerais (nº3)⁴⁹.

Denota-se, contudo, um grande debate na opinião pública espanhola acerca da regulamentação da gestação de substituição. O Parecer do Comité de Bioética de Espanha sobre os aspetos éticos e jurídicos da maternidade de substituição, de 19 de maio de 2017⁵⁰ surge neste âmbito, alegando que acerca desta matéria existe uma posição universal: a legislação deve ser muito rigorosa de modo que evite a situação de exploração da mulher e a compra e venda de crianças.

No parecer são destacadas três propostas que, em regra, são feitas no domínio da gestação de substituição.

A primeira é a da admissibilidade desta técnica de PMA, com base na autonomia da mulher e para satisfazer todas as pessoas que querendo ter um filho, não o podem gerar. No parecer percebemos ser um argumento que, sem mais, é falível, dado que se partíssemos desta premissa, tanto podíamos adotar a gestação de substituição altruísta, como a comercial. Aliás, a maioria das mulheres gestantes que recorrem à gestação de substituição de cariz comercial são mulheres sem recursos, que apenas recorrem à maternidade de substituição como forma de subsistirem.

Um exemplo de que a gestação de substituição deve estar muito bem regulada é o dos países que admitiam esta técnica de PMA, porém proibiram-na dado os escândalos que se sucederam. Um destes ocorreu na Tailândia, em que Pattaramon Chanbua, uma mulher tailandesa, foi contratada para gerar os filhos de um casal australiano, no âmbito de um contrato de gestação de substituição. Esta engravidou de gémeos, porém a um deles – Gammy – foi-lhe diagnosticado Síndrome de Down, tendo Wendy e David Farnell, os beneficiários, exigido que a gestante abortasse, exigência que não acatou, por motivos religiosos. Consequentemente, aquando do nascimento, os beneficiários apenas quiseram

⁴⁹ SILVIA VILAR GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 191 e ss.

⁵⁰ Página 64 e seguintes.

ficar com a criança saudável – Pipah –, o que levou a que a gestante ficasse com a outra. Para além disto, veio a descobrir-se, posteriormente, que David Farnell já tinha sido condenado por abusos sexuais a menores. Após este e outros casos problemáticos, a Tailândia alterou a sua lei que regulava a gestação de substituição, proibindo que casais estrangeiros recorressem a esta técnica neste país⁵¹.

A segunda proposta é a de que a gestação de substituição altruísta é admissível, apenas para aqueles que querem ter um filho, mas não podem. O parecer analisa as condições em que esta se baseia: em relação à gestante, esta apenas poderá ser compensada pelos gastos que comprovadamente tiver; costuma ser-lhe exigido que tenha pelo menos um filho antes de gerar um filho para outrem e que não contribua com nenhum gâmeta; os beneficiários devem apresentar o diagnóstico de infertilidade e, por vezes, não se exige que os beneficiários contribuam com gâmetas⁵². Quanto ao estabelecimento da filiação existem duas soluções: mãe é aquela que dá à luz, contudo a gestante renuncia aos poderes da maternidade em favor da beneficiária ou, por outro lado, a criança é tida como filha dos beneficiários, desde o início.

Mesmo esta proposta é suscetível de críticas. A compensação que é devida à gestante pelos gastos que ela teve com a gestação desencadeia a questão de saber que gastos é que devem ser considerados para efeitos de compensação. Em regra, a linha entre “retribuir” e “compensar” é muito ténue, pelo que é necessário haver uma precisão conceitual para que não estejamos perante uma compra e venda de crianças. Para além disto, há ainda propostas que determinam que não deveriam ser familiares a intervir nestes contratos (como o caso em que a mãe da beneficiária será a gestante de substituição), porém será muito difícil alguém que não tenha qualquer vínculo afetivo com o casal beneficiário, altruisticamente, gerar uma criança que será entregue a estes.

Quanto às leis que estabelecem a filiação desde a transferência do embrião para a gestante, pretende-se, desta forma, evitar a ligação emocional da gestante para com a criança. Contudo, uma vez que a gestante está consciente de que a criança não é, nem nunca será sua, podem emergir conflitos entre os beneficiários e a esta, na medida em que os primeiros

⁵¹ Certos problemas levaram, também, a Índia e o Camboja a alterarem a sua legislação.

⁵² Veremos, mais adiante, que em Portugal a Lei nº 32/2006 de 26 de julho exige que, pelo menos, um dos beneficiários contribua com os gâmetas (artigo 8º, nº 3).

tentarão impor comportamentos à segunda. A exigência de que a gestante tenha um filho antes de se submeter a esta técnica tem como fundamento o facto de que será mais fácil à gestante não desenvolver uma relação afetiva com o bebé, o que é um pensamento falacioso.

A terceira proposta é a da nulidade dos contratos de gestação de substituição, que é a aclamada pelo parecer, uma vez que se denota uma vertente conservadora⁵³.

3. O caso dos EUA

Os EUA representam um caso único no seio dos países desenvolvidos, uma vez que alguns Estados admitem a gestação de substituição comercial. A legislação que versa sobre a gestação de substituição é feita ao nível estadual⁵⁴ o que leva a diferentes soluções, como por exemplo, o Estado de Oklahoma criminaliza o recurso a estes contratos, na Flórida aproximam a gestação de substituição ao modelo de adoção, em Kentucky é proibida qualquer tipo de compensação, porém na Califórnia a legislação é liberal, isto é, aceitam tanto a modalidade comercial, como a gratuita⁵⁵.

Existem Estados que não aceitam os contratos de gestação de substituição, porém não consagram verdadeiras normas proibitivas (aplicando sanções a quem recorre a esta técnica), dado que depois da criança nascer, obrigam os beneficiários a recorrer à adoção para registá-la como filha destes. Nestes modelos, não pode existir qualquer tipo de pagamento à gestante de substituição, todavia é-lhe concedida a faculdade de ficar com a criança. É o caso da Flórida que regula os “*pre-planned adoption contracts*”. O Estado de New Hampshire tem um estatuto que prevê que a gestante possa ficar com a criança, desde que manifeste essa vontade no prazo de 72 horas após o parto⁵⁶.

⁵³ No parecer em questão, reiteram que “*Negar que la maternidade sub-rogada internacional está hoy asociada a la explotación de la mujer es negar la realidad*”.

⁵⁴ A Décima Emenda à Constituição dos EUA estabelece: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*”.

⁵⁵ KATIE O’BYRNE and PAULA GERBER, “Surrogacy and Human Rights: Contemporary, Complex, Contested and Controversial”, in *Surrogacy, Law and Human Rights*, Paula Gerber and Katie O’Byrne (ed.), Ashgate Publishing Limited, 2015, p.4.

⁵⁶ RICHARD F. STORROW, “Surrogacy: American Style”, in *Surrogacy, Law and Human Rights*, Paula Gerber and Katie O’Byrne (ed.), Ashgate Publishing Limited, 2015, p. 199.

Tendo em conta que cada Estado legisla acerca desta matéria, iremos encontrar legislações muito díspares. A título de exemplo, na Flórida é proibido qualquer pagamento feito à gestante, sendo que no Estado de Nevada o pagamento só é admissível se for razoável ou de boa fé, contudo no Estado de Nebraska estipula-se que o contrato só pode ser entendido como de gestação de substituição se existir compensação. Os Estados de Utah e New Hampshire exigem que a gestante de substituição tenha levado uma gravidez até ao fim e que desta tenha resultado o nascimento de uma criança com vida, sendo que o primeiro Estado determina que as partes devem ter acompanhamento psicológico. O Estado do Texas obriga a que a gestante de substituição ou o casal de beneficiários residam no Texas. Em relação às idades que as partes devem ter quando recorrem a esta técnica, prevê o Estado da Flórida que todos os intervenientes devem ter, no mínimo, 18 anos, sendo o limite de 21 em New Hampshire e ainda, neste último Estado, se a gestante tiver uma idade superior a 35, quer ela, quer os beneficiários devem receber aconselhamento genético. Washington estabelece que se a gestante for menor, deve ser emancipada. Nos Estados de Alabama, Connecticut, Texas e Virgínia é admissível que a criança não tenha qualquer relação genética com os beneficiários⁵⁷.

⁵⁷ RICHARD F. STORROW, “Surrogacy: American Style”, *ob. cit.*, pp. 201-209.

III. As técnicas de Procriação Medicamente Assistida no ordenamento jurídico português

1. Considerações gerais

As técnicas de PMA podem ser definidas como um método de formar um embrião sem recurso ao ato sexual⁵⁸. Em Portugal, estas técnicas são reguladas pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (comumente designada de Lei da PMA). Esta lei sofreu alterações por quatro diplomas legais: a primeira foi a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, a segunda foi a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, a terceira foi a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto⁵⁹ e por último foi a Lei n.º 58/2017, de 25 de julho.

O artigo 2.º da Lei n.º 32/2006 determina uma lista taxativa de técnicas de PMA a que esta se aplica, sendo elas a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, diagnóstico genético pré-implantação e ainda, a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias⁶⁰. Para além disto, com a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, este diploma passou a aplicar-se às situações de gestação de substituição, até então proibidas.

O artigo 3.º impõe dois princípios: o da *dignidade humana* e o da *não discriminação*. O princípio da dignidade da pessoa humana está plasmado no artigo 1.º da CRP que, juntamente com a vontade popular, constitui a base da República, apresentando-se como um princípio limite, mas também tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos⁶¹. Para além disso, a dignidade da pessoa humana está ainda consagrada na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, do Conselho da Europa, no seu artigo 1.º⁶². Trata-se

⁵⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 167.

⁵⁹ Existe ainda o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que vem regulamentar a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto (artigo 1.º do referido Decreto Regulamentar).

⁶⁰ Com mais pormenor, PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA, *ob. cit.*, pp. 13-16.

⁶¹ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, 2007, pp. 198-200.

⁶² Artigo 1.º da CDH Bio: “As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina”.

de um princípio que é, e deve ser, fundamento de qualquer relação na bioética⁶³. Não podemos deixar de salientar, o facto de o legislador ter preferido a expressão “dignidade humana”, sendo que esta diferença pode ter relevo quanto à proteção jurídica da espécie humana⁶⁴.

No nº 2, do artigo 3º está plasmado o princípio da não discriminação, porém, encontra-se dividido pois, por um lado, consagra a discriminação com base no património genético e por outro, consagra a proibição da discriminação cujo fundamento seja o nascimento resultante da utilização de técnicas de PMA. Este princípio é ainda reforçado pelo artigo 15º, nº 5 da lei em análise, que impede que no assento de nascimento conste que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA⁶⁵.

O artigo 4º, nº1 estipula que “as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”. Devem, portanto, os interessados apresentar um diagnóstico de infertilidade ou um documento que comprove que há risco de transmissão de doença grave de origem genética, infecciosa ou ainda, que as técnicas de PMA servirão para tratamento de doença grave, tal como é exigido no nº 2. Sem embargo, o nº 3 (que foi aditado pela Lei nº 17/2016, de 20 de junho), alarga o âmbito da utilização destas técnica a “todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”. Por conseguinte, verificamos nesta norma uma incongruência, em virtude do nº 1 estabelecer que a utilização das técnicas de PMA é um método subsidiário – a ainda salienta o legislador – “e não alternativo”, isto é, só podem recorrer a elas aqueles que, pelas vias naturais, não conseguem procriar ou que, conseguindo poderá originar a transmissão de uma doença hereditária grave⁶⁶, no entanto no

⁶³ AQUILINO POLAINO-LORENTE, “Los fundamentos de la bioética”, in *Manual de Bioética General*, AQUILINO POLAINO-LORENTE (Dir.), 2ª edição, Ediciones RIALP, S.A., Madrid, 1994, p. 120.

⁶⁴ ANDRÉ DIAS PEREIRA E VERA LÚCIA RAPOSO, “Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de julho)”, *Lex Medicinæ*, nº 6, Ano 3 (2006), pp. 90-91, adiantando os autores que a proibição da clonagem reprodutiva (artigo 7º, nº 1 e artigo 36º), assim como de quimeras ou híbridos (artigo 7º, nº 4 e artigo 38º) se constituem como corolários da dignidade da espécie humana.

⁶⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA E VERA LÚCIA RAPOSO, “Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de julho)”, cit., pp. 91.

⁶⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Beneficiários da procriação assistida”, in *Temas do Direito da Medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 40.

nº 3 já se dispensa o diagnóstico de infertilidade. Assim sendo, trata-se de um método alternativo de procriação.

O CNECV teve oportunidade de se pronunciar acerca deste alargamento⁶⁷, no qual reconhece que este facto irá aumentar a procura das técnicas de PMA e, conseqüentemente, as listas de espera, o que poderá gerar desigualdade em relação aos casos que estão dependentes de diagnóstico de infertilidade e aqueles que não estão. Disto poderá retirar-se que, se cabe ao Estado regular o acesso às técnicas de PMA, cabe também estabelecer prioridades no acesso às mesmas, devendo estas técnicas ser utilizadas, em primeira linha, como tratamento da infertilidade.

2. Os beneficiários

Nos termos do artigo 6º da Lei da PMA, em Portugal, podem recorrer às técnicas previstas nesta lei os casais de sexo diferente ou casais de mulheres – quer estejam casados/as ou vivam em condições análogas às dos cônjuges – e também qualquer mulher independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Para além disso, devem ter, no mínimo 18 anos de idade e não se encontrarem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica. Este artigo suscita muitas dúvidas, que o legislador não procurou resolver.

Na versão originária da Lei em destaque era exigido que os casais vivessem em união de facto há pelo menos dois anos, tal como determina a Lei nº 7/2001, de 11 de maio⁶⁸, tendo a Lei nº 17/2016, de 20 de junho eliminado esse requisito uma vez que, se tal continuasse, a mulher iria recorrer igualmente a estas técnicas, mas de forma independente, tendo em conta o artigo 4º, nº 3 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

A norma acrescenta ainda que podem ser beneficiárias as “mulheres independentemente do estado civil”. Podemos pensar nas situações em que o marido não quer ser pai e, sem que haja consentimento da sua parte, a mulher recorra a uma das técnicas

⁶⁷ CNECV, Parecer 90/CNECV/2016, sobre a apreciação do projeto de Decreto-Lei da regulamentação da Lei nº 17/2006, de 20 de junho disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1483441465_Relatorio%20e%20Parecer%2090%20PMA%20aprovado.pdf (30.12.17).

⁶⁸ A Lei da União de Facto determina no artigo 1º, nº 2, que a união de facto é a “relação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.

de PMA. A presunção *pater is est quod nuptias demonstrant* não se aplica, desde logo, pelo artigo 20º da Lei nº 32/2006, que determina o homem que não deu o consentimento não verá a paternidade estabelecida a seu favor (se for estabelecida a seu favor, o nº 4 deste artigo dita que pode o homem impugná-la)⁶⁹. Desta forma, conclui-se que em matéria de PMA, o estabelecimento da filiação é diferente em relação aos casos em que há o nascimento de uma criança, em virtude do ato sexual. Logo, percebemos que no caso da PMA o estabelecimento da filiação – ou, como entende o legislador, o “estabelecimento da parentalidade” – só se constitui tendo havido consentimento⁷⁰.

Nos termos do artigo 1864º do CC, quando se lavra o registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o funcionário deve remeter ao tribunal a certidão integral do registo, de modo a averiguar officiosamente a identidade do pai. Contudo, o artigo 20º, nº 3 derroga esta norma do CC, o que leva autores a defender que o legislador de 2016 irá fazer renascer os filhos sem pai, depois de tantos anos a lutar para que houvessem mecanismos suficientes que impedissem a existência de filhos de pai incógnito⁷¹.

Neste enquadramento normativo, surgem várias questões que merecem ser invocadas, nomeadamente, o facto de aceitarmos que um dos membros do casal cuide de uma criança que não desejou e cuja opinião não foi tida em consideração e, ainda, o dever do legislador tentar harmonizar a liberdade e autonomia da mulher, no âmbito da procriação independente, com o direito de constituir – ou não querer constituir – família. Conforme o disposto no artigo 36º, nº 3 da CRP este iguala os cônjuges quanto aos direitos e deveres⁷² sendo que, o nº 2 do artigo 1671º do CC estipula que os cônjuges devem acordar sobre a orientação da vida em comum, considerando o bem da família e os interesses um do outro. Para além disto, o artigo 1883º do CC refere que nenhum membro do casal pode introduzir, na casa de ambos, um filho concebido na constância do casamento, que não seja filho do

⁶⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Anatomia da responsabilidade (A responsabilidade do médico, da clínica e do dador no contexto da PMA)”, in *Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos*, Coordenação de JOÃO REIS, LEAL AMADO, LIBERAL FERNANDES E REGINA REDINHA, Volume II, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 164.

⁷⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob.cit.*, pp. 165-166.

⁷¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Filhos de pai anónimo no século XXI!”, *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2018, p. 51.

⁷² O artigo 1671º, nº 1 do CC tem uma redação idêntica.

outro, sem o seu consentimento. Destarte, consideramos que seria preferível uma maior cautela, por parte do legislador, dada a fragilidade da matéria.

Direcionemo-nos, agora, para a questão do limite mínimo de idade: dezoito anos. O menor de dezoito anos tem uma incapacidade geral, no sentido em que não é capaz de reger a sua pessoa e dispor dos seus bens, assim como não pode adquirir direitos ou assumir obrigações⁷³, como se retira do exposto no artigo 123º, segunda parte e 130º *a contrario*. Uma das formas de cessar esta incapacidade é através da emancipação pelo casamento (artigo 132º do CC), o que lhe confere plena capacidade de exercício de direitos e o habilita a reger a sua pessoa e bens, como se fosse maior (artigo 133º CC). Acontece que, como supramencionado, relativamente à matéria de PMA, a pessoa que queira submeter-se a alguma destas técnicas, deve ser maior de dezoito anos. O artigo 129º do CC determina que a incapacidade dos menores cessa por duas vias, a da maioridade ou da emancipação, todavia a parte final desta norma prevê que possam existir exceções previstas na lei sendo que, devemos entender que uma dessas exceções são as técnicas de PMA. Perante isto, podemos pressupor que a vontade do legislador é a de que, embora o menor seja emancipado e tenha plena capacidade de exercício de direitos, tem como restrição o acesso às técnicas de PMA.

Certo é que a norma estipula um limite mínimo de idade para os beneficiários das técnicas de PMA, mas não um limite máximo. O Tribunal Constitucional abordou esta problemática no Acórdão nº 101/2009, cujo relator foi Carlos Fernandes Cadilha. Embora a norma o não declare expressamente, as técnicas de PMA “só poderão ser utilizadas quando tenha sido efetuado um prévio diagnóstico de infertilidade, o que tem pressuposta a ideia de que a mulher beneficiária se encontra em idade em que normalmente poderia procriar se não existisse um fator inibitório de natureza clínica que tenha afetado um dos membros do casal”⁷⁴.

O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida reconhece a necessidade de haver um limite máximo de idade quanto aos beneficiários das técnicas de PMA⁷⁵. Em nenhuma das alterações feitas à Lei nº 32/2006, de 26 de julho verificamos uma

⁷³ HEIRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 320-321.

⁷⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 101/2009 (processo nº 963/06), p. 19.

⁷⁵ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), Parecer de 10 de novembro de 2016, relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da lei nº 17/2016, de 20 de junho, p.

posição do legislador quanto a esta matéria. Trata-se de uma questão que, embora delicada, deve ser regulada posto que, serviria para evitar riscos para a saúde da mulher ou para a criança que venha a nascer. O CNPMA avança com uma proposta tendo em conta a competência que o artigo 30º, nº 2, alínea b) da Lei nº 32/2006, de 26 de julho lhe confere⁷⁶, porém admite que se o legislador se pronunciar acerca desta problemática, essa norma prevalecerá, naturalmente, sobre esta proposta. Assim, é evidente que a própria fisiologia das mulheres impõe a elaboração de uma norma que regule a questão do limite máximo de idade. Desde logo, pela questão da menopausa – falência definitiva dos ovários – e, por outro lado, é cognoscível que quanto mais velha for a mulher, mais riscos existem de que esta desenvolva patologias que estão associadas à gravidez, tais como a hipertensão induzida pela gravidez, diabetes gestacional (no caso da gestante), partos prematuros, entre outras⁷⁷. Conclui, este conselho, que apenas são “elegíveis para beneficiar das técnicas de PMA as mulheres que, no momento da concretização da técnica em causa, tenham uma idade que não ultrapasse os 49 anos e 365 dias (ou 366 se essa idade for completada em ano bissexto)”⁷⁸.

Esta solução não está isenta de críticas, tal como se verifica pela declaração de voto de EURICO JOSÉ MARQUES DOS REIS, de 20 de outubro de 2017⁷⁹, na qual defende que a melhor solução não passa por determinar um limite máximo de idade geral, dado que a menopausa, embora seja mais frequente surgir na faixa etária dos 50, não é igual para todas as mulheres. Assim sendo, entende que deve ser permitido o acesso às técnicas de PMA por mulheres mais velhas, desde que seja clinicamente provado que essa mulher, em concreto, apresenta as condições físicas e mentais que lhe permitem suportar a gravidez. Devemos entender que estas considerações não se aplicam aos casos de gestação de substituição, no

2, que pode ser consultado em http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA Parecer_RegulamentacaoLei17-2016.pdf (03.01.18).

⁷⁶ Artigo 30º, nº 2, alínea b) determina que uma das atribuições do CNPMA é “Estabelecer as condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados gâmetas ou embriões”.

⁷⁷ CNPMA, Deliberação nº 15-II/2017, de 20 de outubro, pp. 2-3, disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao15-II.pdf> (30.12.2017).

⁷⁸ CNPMA, Deliberação nº 15-II/2017, de 20 de outubro, p. 5.

⁷⁹ Disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Docs/DeclaracaoVoto_ER\[Del15-II\].pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/DeclaracaoVoto_ER[Del15-II].pdf) (30.12.2017).

sentido em que a beneficiária não pode suportar a gravidez, visto ser um dos requisitos exigidos no artigo 8º, nº 2 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho⁸⁰.

As considerações feitas até aqui, acerca do limite etário, eram unicamente direcionadas para as mulheres, contudo, questiona-se se deve o legislador fixar um limite máximo para os homens beneficiários. O CNPMA, mais uma vez, mediante a competência que lhe é dada por lei, considera pertinente estipular um limite máximo de idade para os homens beneficiários, dado que o superior interesse da criança está relacionado com o facto das crianças e jovens deverem ter o afeto e a companhia dos pais pelo máximo de tempo possível. O CNPMA admite que não é aceitável que através das técnicas de PMA se potencie o nascimento de uma criança, cujo pai, tendo em conta a esperança média de vida em Portugal⁸¹, não estará “presente na vida do filho ou filha até ao final da sua adolescência”⁸². Desta forma, o CNPMA entende que “só são elegíveis para as técnicas de PMA os casais em que, no momento da concretização da técnica, o elemento masculino tenha uma idade que não ultrapasse os 60 anos”⁸³.

Por fim, deixamos uma nota de lamento pela opção tomada pelo legislador de não restringir o acesso à gestação de substituição a pessoas residentes em Portugal, de forma a evitar que Portugal se torne um “destino de turismo procriativo”⁸⁴.

3. Os contratos de gestação de substituição

3.1. Definição

A gestação de substituição está regulada no artigo 8º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho e a sua definição foi consagrada pelo legislador como “qualquer situação em que a

⁸⁰ A beneficiária apenas pode recorrer a esta técnica no caso de “ausência de útero, de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”.

⁸¹ Segundo as Tábuas de Mortalidade entre 2013-2015, a esperança média de vida dos portugueses era de 80,41 anos, sendo que para os homens era de 77,36 anos e para as mulheres era de 83,23 (disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=250157580&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt, cuja consulta foi feita no dia 10/12/2017)

⁸² CNPMA, Deliberação nº 16-II/2017, de 20 de outubro, pp. 4-6, disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao16-II.pdf> (30.12.2017).

⁸³ CNPMA, Deliberação nº 16-II/2017, de 20 de outubro, p. 9.

⁸⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Filhos de pai anónimo no século XXI!”, cit., p. 46.

mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

Em primeiro lugar, é necessário perceber que estes contratos que eram – em todos os casos – nulos até 2016, passaram a ser admitidos – a título excepcional – com a Lei nº 25/2016, de 22 de agosto. O legislador, até então, referia-se a estes contratos como sendo contratos de “maternidade de substituição”, porém com a terceira alteração à Lei nº 32/2006, de 26 de julho passou a referir-se a contratos de “gestação de substituição”. Esta cautela por parte do legislador não é indiferente. A gestante não é mãe da criança que vai nascer, mas sim uma mulher que irá gerar uma criança para outra, tal como indica o nº 7 do artigo em causa: “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”. Esta solução legal vem contrariar um princípio base do Direito da Filiação⁸⁵, nomeadamente, o princípio *mater semper certa est*, plasmado no artigo 1796º, nº 1 do CC, isto é, o estabelecimento da maternidade deriva do nascimento do filho, o que impede a mãe de tentar ocultar este estado⁸⁶. Assim sendo, mãe já não é, necessariamente “a mulher que tem o parto”, como afirmam FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA⁸⁷, pelo que, a velha máxima “*mater semper certa est, pater autem*” “cai por terra” em matéria de gestação de substituição⁸⁸.

3.2. Requisitos

A gestação de substituição não deixou de ser punível em Portugal – tal como indica o artigo 39º da Lei 32/2006, de 26 de julho – porém, a título excepcional e sob a verificação de pressupostos muito estritos passou a ser admissível pela Lei nº 25/2016, de 22 de agosto,

⁸⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspetivas”, in *Temas do Direito da Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 42-44. Nesta obra, o autor reconhece que a gestação de substituição não coloca problemas apenas quanto à determinação da maternidade, mas também em relação a todo o estabelecimento da filiação.

⁸⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, cit., p. 8.

⁸⁷ FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 86.

⁸⁸ FRANCESCO GAZZONI, ob. cit., p. 409.

devido sempre prevalecer o superior interesse da criança sobre quaisquer outros, mas os “interesses da mulher gestante são tidos em devida consideração”⁸⁹.

Estes contratos devem ter natureza gratuita. Assim, só a gestação de substituição altruísta é válida, uma vez que alguns dos argumentos utilizados contra estes contratos estão intimamente relacionados com o seu carácter oneroso⁹⁰. Pode, no entanto, a gestante exigir o pagamento do valor das despesas dos cuidados de saúde efetivamente prestados, assim como as despesas de transportes, desde que tituladas em documento próprio, como plasma o n.º 5 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho conjugado com o artigo 3.º, n.º 3, alínea k) do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho. É iminente a necessidade de o legislador consagrar normas que garantam, de forma mais eficiente, a gratuitidade destes contratos e não apenas estipular que “é proibido qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição”⁹¹, se bem que, como sabemos, é uma questão que “nenhum contrato pode impedir, mesmo que as proíba”⁹².

É importante fomentar a ligação da mãe genética com a criança ao longo de todo o processo, sendo que a relação entre a gestante e mesma deve ser reduzida ao mínimo indispensável, não obstante esta disposição ser colocada em causa quando a gestante é familiar próxima dos beneficiários⁹³. O facto de estarmos perante uma gestante de substituição que seja familiar próxima dos beneficiários desencadeia um conflito de interesses iminente, dado que o legislador pretende, por um lado, evitar os riscos psicológicos e afetivos que possam advir da relação da gestante com a criança, privilegiando

⁸⁹ Esta ideia está contida no preâmbulo do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que vem regulamentar a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

⁹⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe...*, cit., p. 122. A autora revela, nesta obra, que o pagamento de uma vida iria “contra os mais básicos princípios da nossa civilização”. Quanto aos argumentos contra a gestação de substituição comercial, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só...*, cit., pp. 22-46.

⁹¹ Tal como se pode ler do artigo 8.º, n.º 5 da Lei da PMA e ainda do artigo 3.º, n.º 3, alínea k) do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho. Já no Parecer 92/CNECV/2017, o CNECV critica esta ausência de normas que garantam a natureza gratuita do contrato, para além das já existentes (p. 8).

⁹² MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, Suicídio ...*, cit., p. 161.

⁹³ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer 92/CNECV/2017, p. 7, disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1485453986_Parecer%2092_2017%20Proj%20DL%20Regulamentacao%20GDS.pdf (30.12.17).

que esta seja reduzida ao mínimo indispensável, porém pretende, por outro lado, garantir o caráter gratuito do contrato, visto que é mais provável que este seja prosseguido quando as partes são familiares próximos.

O CNECV admite que seria fundamental que o decreto que regulamenta a Lei nº 25/2016, de 22 de agosto estipulasse o número máximo de gravidezes de substituição por cada gestante, tendo em conta o princípio do equilíbrio e prevenção de complicações físicas e psicológicas. Reflete ainda se o parceiro da gestante de substituição não deve estar sujeito a deveres, tais como não praticar relações sexuais com a gestante das quais possam “resultar uma gravide na vigência do contrato de gestação de substituição”⁹⁴. Não é claro, mas devemos entender que esta abstinência apenas faz sentido no período em que a gestante ainda não engravidou.

3.3. Fases do processo

O CNPMA determina que existem três fases no processo de gestação de substituição⁹⁵.

A primeira é a fase liminar que tem início com o pedido de autorização prévia (artigo 2º, nº 1 do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho) dirigido ao CNPMA, mediante o preenchimento de um formulário⁹⁶, ao qual serão anexados os documentos que constam do nº 2⁹⁷. Após a receção do formulário, o CNPMA tem 60 dias para deliberar se

⁹⁴ CNECV, Parecer 92/CNECV/2017, pp. 7-8.

⁹⁵ CNPMA, Deliberação nº 18-II/2017, de 8 de setembro, disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao18-II.pdf> (02.01.18).

⁹⁶ Este formulário encontra-se disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_formulario_DR_6_2017.pdf (30.12.17).

⁹⁷ De acordo com o Decreto Regulamentar conjugado com a Deliberação nº 18-II/2017, de 8 de setembro, devem os três intervenientes entregar a fotocópia do cartão de cidadão, sendo esta acompanhada de uma declaração que ateste que as fotocópias foram tiradas pelos próprios titulares e devem ainda mencionar que consentem que utilizem as mesmas para fins relativos ao processo. Para além disso, devem as partes requerer um parecer de um psiquiatra ou psicólogo que seja favorável à celebração deste contrato. Devem declarar se aceitam receber notificações por correio eletrónico. Por fim, devem anexar os documentos médicos que comprovem que se encontram em alguma das situações previstas no artigo 8º, nº 2 e 3 da Lei nº 32/2006.

aceita ou não este pedido (nº 3, primeira parte), sendo que o prazo suspende se forem pedidos outros documentos às partes⁹⁸.

No caso de a deliberação ser no sentido da admissão, tem início a fase instrutória/decisória, na qual o Conselho envia, no prazo de 10 dias úteis, à Ordem dos Médicos a documentação médica que foi anexada ao formulário (artigo 2º, nº 2, alínea c)). A Ordem dos Médicos tem 60 dias para emitir um parecer que não tem carácter vinculativo (nº 3, 5 e 6 do artigo 2º), sendo que este apenas se destina a comprovar que o casal beneficiário preenche os requisitos que constam no artigo 8º, nº 2 e 3 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho. Durante este prazo de 60 dias, pode o CNPMA proceder à audição do casal beneficiário e da gestante, individualmente numa primeira fase e depois, em conjunto. Esta fase termina com a autorização ou rejeição da celebração do contrato de gestação de substituição (nº 8)⁹⁹. Este formulário exige ainda que as partes anexem uma declaração de um psiquiatra ou de um psicólogo que seja “favorável à celebração do contrato de gestação de substituição” (nº 2, alínea d). Ainda assim, pode o CNPMA requerer a realização de uma avaliação completa e independente dos beneficiários e da gestante, feita por uma equipa técnica e multidisciplinar na área da saúde materna e da saúde mental (nº 9).

A terceira fase é a fase executória. Tem início com a assinatura do contrato (artigo 3º do Decreto Regulamentar), sendo este assinado em triplicado (pelo casal beneficiário e pela gestante), estando presente um membro do CNPMA que irá declarar que o acordo de vontades foi autorizado pelo CNPMA¹⁰⁰. Quanto ao contrato, este deve ser reduzido a escrito e deve o CNPMA supervisioná-lo, como prevê o artigo 8º, nº 10 da Lei da PMA. O artigo 3º do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho determina, no nº 3, quais as cláusulas que devem constar do contrato, como por exemplo, os direitos e obrigações da gestante (alíneas a) a d)), entre outras. Para além destas, esclarece o nº 2 que podem ser inseridas outras cláusulas no contrato, por acordo das partes. Devemos ter em atenção o nº 11, do artigo 8º da Lei da PMA que proíbe que os beneficiários imponham restrições ao comportamento da gestante. De facto, sabemos que existem comportamentos que colocam em risco a saúde da gestante e do recém-nascido, como o tabaco, álcool, excesso de peso,

⁹⁸ CNPMA, Deliberação nº 18-II/2017, de 8 de setembro, pp. 5-7.

⁹⁹ CNPMA, Deliberação nº 18-II/2017, de 8 de setembro, pp. 8-10.

¹⁰⁰ CNPMA, Deliberação nº 18-II/2017, de 8 de setembro, p. 9.

entre outros, todavia os médicos têm a obrigação de informar as partes das consequências destas atitudes de forma a obter o consentimento informado e esclarecido¹⁰¹, como exigem os artigos 14º, nº1 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho e artigo 3º, nº 3, alínea f) do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho.

O nº 6 do artigo 8º da Lei da PMA não admite que estes contratos possam ser celebrados quando exista, entre as partes, uma relação de subordinação económica, de natureza laboral ou de prestação de serviços. Esta norma visa evitar a exploração da mulher, que colocada nesta situação de natural submissão, a leve a aceitar exigências que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

Esta fase termina com a extinção do contrato, através do cumprimento, que se dá com o parto e a entrega da criança¹⁰² ou então, com o não cumprimento, através, por exemplo, da denúncia (artigo 3º, nº 3, alínea i)) ou da revogação (artigo 3º, nº 3, alínea j)).

No caso de emergirem conflitos desta relação contratual, o CNPMA é competente para os resolver através do recurso à mediação ou arbitragem¹⁰³, porém coloca-se a questão de saber se é aceitável, do ponto de vista ético, que a entidade que autoriza e supervisiona o processo (artigo 8º, nº 4 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho) seja a mesma que se apresenta como mediadora dos eventuais conflitos que possam emergir do mesmo¹⁰⁴.

3.4. Beneficiários no âmbito dos contratos de gestação de substituição

Impõe-se a questão de saber se, no âmbito da gestação de substituição, os beneficiários serão os mesmos que estão estatuídos no artigo 6º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho ou se, por outro lado, devemos limitar o conceito de beneficiários.

¹⁰¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Restrições de acesso à parentalidade na medicina da reprodução”, *Lex medicinae*, nº 20, Ano 10 (2013), pp. 10-11.

¹⁰² CNPMA, Deliberação nº 18-II/2017, de 8 de setembro, p. 11. Determina que havendo o nascimento de uma criança por via da execução deste contrato, deve este facto ser comunicado ao CNPMA, assim como a hora, o local e o dia para que, ao abrigo do artigo 8º, nº 7 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho, o Conselho emita uma declaração oficial na qual determina que a criança é filha do casal beneficiário. Esta será a declaração que os beneficiários apresentarão na Conservatória do Registo Civil.

¹⁰³ CNPMA, Deliberação nº 18-II/2017, de 8 de setembro, p. 10.

¹⁰⁴ CNECV, Parecer 92/CNECV/2017, p. 9.

Como vimos, a gestação de substituição tem um carácter excecional e só é admitida sob a verificação de rigorosos requisitos, sendo este facto salientado no preâmbulo do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho. Neste contexto, o CNPMA defende que os beneficiários da gestação de substituição não são todos aqueles que o artigo 6º da Lei da PMA consagra¹⁰⁵: casais de sexo diferente, casais de mulheres casados/as ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, ou ainda por todas as mulheres independentemente do estado civil e da orientação sexual.

Em primeiro lugar, o próprio artigo 8º, nº 3 estipula que deve recorrer-se aos gâmetas de, pelo menos, “um dos respetivos beneficiários”, assim como o artigo 2º, nº 2, alínea a) do Decreto Regulamentar exige que no pedido de autorização prévia deve ser anexado documento de identificação dos casal beneficiário e da gestante de substituição.

Em segundo lugar, nota o CNPMA que a lei que alargou o conceito de beneficiários – Lei nº 17/2016, de 20 de junho – é anterior à Lei nº 25/1016, de 22 de agosto, o que leva a concluir que quando o legislador pensou no alargamento do conceito de beneficiários a “todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”, visava apenas as técnicas de PMA previstas à data, nas quais não se incluía a gestação de substituição.

Para além destes argumentos, o carácter excecional da gestação de substituição levou a que fosse elaborado um Decreto Regulamentar específico para esta, ao invés de remeter para o Decreto Regulamentar nº 6/2016, de 29 de dezembro, que regulamenta as restantes técnicas de PMA.

Nesta linha de pensamento, o CNPMA conclui que o conceito “beneficiários” previsto no nº 3, do artigo 8º não pode subsumir-se no conceito previsto no artigo 6º, nº 1. Devemos remeter apenas para a primeira parte do nº 1 do artigo 6º, admitindo apenas como beneficiários da gestação de substituição os casais heterossexuais ou casais de mulheres casados/as ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges. A beneficiária da gestação de substituição apenas pode recorrer a esta no caso de ausência de útero, de lesão ou doença no útero que impeça a gravidez ou em situações clínicas que o justifiquem¹⁰⁶. É evidente

¹⁰⁵ Deliberação nº 20-II/2017, de 20 de outubro, disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao20-II.pdf>, pp. 4-9 (02.01.18).

¹⁰⁶ Esta última hipótese que o legislador salvaguardou é imprescindível, visto que, caso não existisse, haveriam mulheres que não iriam conseguir ser mães por padecerem de outra enfermidade, como por exemplo,

que, no caso de um casal de mulheres decidir recorrer à gestação de substituição, ambas devem preencher os requisitos acima enunciados. Devem os gâmetas ser de, pelo menos, um dos beneficiários, contudo a gestante não pode, em caso algum, contribuir com ovócitos.

os casos de esclerose múltipla. Podemos questionar-nos acerca da possibilidade dos transgéneros femininos, tendo em conta que se inserem nestas hipóteses, mais precisamente na “ausência de útero”.

IV. Os direitos e deveres da gestante de substituição e do casal beneficiário

1. Direitos comuns às partes

Para além dos direitos e deveres que os artigos 12º e 13º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho concedem aos intervenientes¹⁰⁷, estes têm outros que devem ser analisados com mais pormenor.

1.1. Consentimento

O CC estabelece a tutela geral da personalidade, no artigo 70º. É, ainda, de salientar que, o legislador não delimitou uma lista de direitos de personalidade, mas regulou aqueles que poderiam ser alvo de maiores prolemas. Devemos ter em atenção que, quando nos referimos aos direitos de personalidade, temos de convocar os Direitos, Liberdades e Garantias pessoais, previstos no artigo 24º e seguintes da CRP e ainda, os tipos legais de crimes que consagram bens jurídicos que correspondem aos direitos de personalidade. Os direitos de personalidade são inalienáveis e irrenunciáveis, contudo podem ser alvo de limitações por parte da própria pessoa, desde que não sejam contrárias ao princípio da ordem pública, como se retira do artigo 81º, nº 1 do CC¹⁰⁸.

O consentimento está plasmado no artigo 14º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho e era aplicável a todas as técnicas de PMA que existiam até então, sendo que por força da Lei nº 25/2016, de 22 de agosto passou a aplicar-se também às situações de gestação de substituição¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Os direitos que estão consagrados neste artigo 12º são referentes ao direito à informação, direito a serem alertados acerca das condições em que lhes seria possível recorrer à adoção, direito a serem assistidos em ambiente médico idóneo e que reúna todas as condições matérias e humanas para a aplicação da técnica de PMA em concreto e por fim, não podem ser submetidos a técnicas que coloquem em risco a vida da mãe e do bebé. O artigo 13º consagra os deveres, sendo que as partes devem prestar as informações necessárias e que lhes forem solicitadas para o correto diagnóstico da situação clínica, devem ainda atender a todas as prescrições da equipa médica, em todas as fases do processo. Estes artigos aplicam-se às situações de gestação de substituição por força do artigo 8º, nº 9 da Lei da PMA.

¹⁰⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 101 e 209-215.

¹⁰⁹ Artigo 8º, nº 8 e artigo 14º, nº 5 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

As partes devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito¹¹⁰, perante o médico responsável. Assim, este deve ser prestado por três pessoas: pela gestante de substituição e pelos membros do casal.

O consentimento deve ser livre de qualquer vício da vontade, como o erro, dolo ou coação¹¹¹. Deve assim, o CNPMA tentar perceber os reais fundamentos que levaram esta mulher – aquela que será tida como a gestante de substituição – a querer gestar para outrem¹¹².

O dever de esclarecimento cabe a esse médico, que deve prestar uma informação completa e perceptível sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos que estão em causa (artigo 3º, nº 3, alínea e) do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho). Para além disso, deve ainda o membro do CNPMA alertar os intervenientes para as consequências do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal (alínea f), nº 3, do artigo 3º do já mencionado Decreto Regulamentar)¹¹³.

É fundamental que a linguagem utilizada seja facilmente compreensível por qualquer pessoa, uma vez que só há um verdadeiro consentimento informado na medida em que, quer a gestante de substituição, quer o casal beneficiário, façam “conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos”¹¹⁴. O artigo 12º, alínea c) e d) da Lei da PMA estabelece outros direitos dos beneficiários que devem, por remissão do artigo 8º, nº 9, aplicar-se às situações de gestação de substituição. Desta forma, devem as partes obter esclarecimento acerca das implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis da gestação de substituição (artigo 14º, n 2 da Lei da PMA), assim como devem ser informados acerca das

¹¹⁰ A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, estabelece no artigo 5º, primeiro parágrafo, que “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido”. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos determina que o consentimento seja livre, prévio e esclarecido (artigo 6º, nº 1).

¹¹¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 2015, p. 411.

¹¹² MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, Suicídio ...*, cit., p. 166-167.

¹¹³ Este concreto dever de informar acerca das consequências do estilo de vida adotado pela gestante é absolutamente imprescindível, tendo em conta que o legislador, no artigo 8º, nº 11 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho proíbe que os beneficiários imponham restrições ao comportamento da gestante de substituição.

¹¹⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 408.

condições em que poderiam recorrer à adoção e da relevância social deste instituto (artigo 12º, alínea e)). Leva-nos a concluir que o dever de informação não abrange somente os riscos prováveis, mas também os riscos incomuns¹¹⁵.

Obviamente que não é possível descrever todos os riscos que possam advir da intervenção, dado que, estes variam consoante as circunstâncias próprias de cada pessoa. O que se pretende com este dever é que o médico forneça as informações que permitam à pessoa, mediante estes dados, perceber o conteúdo da informação e consentir ou não nesta intervenção. Posto isto, não está o médico obrigado a definir detalhadamente todos os riscos que se possam manifestar, em particular os riscos que se manifestam raramente¹¹⁶.

Em relação ao modo de declarar o consentimento, vigora entre nós o princípio da liberdade declarativa, isto é, o consentimento pode ser expresso ou tácito. Há, todavia, certos casos em que é necessário que o consentimento seja declarado expressamente, como é o caso das técnicas de PMA, em particular da gestação de substituição, como consta do artigo 14º, nº 1 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho¹¹⁷.

Quanto à forma, a regra é a da liberdade de forma, prevista no artigo 219º do CC¹¹⁸. Existem, naturalmente, exceções, tendo em conta a complexidade de algumas situações que exigem, conseqüentemente, uma maior reflexão. As técnicas de PMA constituem, mais uma vez, uma das exceções à regra.

1.2. A revogação do consentimento

A regra para revogar o consentimento no âmbito das intervenções realizadas no domínio da saúde é a da livre revogabilidade, a todo o tempo, não podendo resultar nenhum

¹¹⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA E VERA LÚCIA RAPOSO, “Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de julho)”, cit., p. 99.

¹¹⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a informação para o consentimento (A propósito do ac. Do STJ de 09.10.2014), *Lex Medicinæ*, nº 23-24 (Ano 12), 2015, pp. 150-152. Neste artigo, o autor reconhece que se a própria pessoa solicitar mais esclarecimentos, aqui deve o médico fazê-lo, esclarecendo-a acerca dos riscos mais raros.

¹¹⁷ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., pp. 524-528.

¹¹⁸ Acontece que, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina não impõe que o consentimento seja prestado por escrito, apenas exige que o consentimento seja livre e esclarecido e que a pessoa receba a informação adequada acerca da intervenção e dos seus riscos e conseqüências (artigo 5º), assim como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos também não exige a forma escrita (artigo 6º).

prejuízo/desvantagem para a pessoa¹¹⁹. O consentimento existe como forma de limitar voluntariamente os direitos de personalidade e perante isto, o legislador sentiu necessidade de consagrar uma norma na qual reconhece a possibilidade da pessoa que prestou o consentimento revogá-lo, pelo que determina que “a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável”¹²⁰.

No caso das técnicas de PMA, resulta do artigo 14º, nº 4 da Lei da PMA que o consentimento é livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos, constituindo assim uma limitação à livre revogabilidade “a todo o tempo”.

Vejamos, ainda assim, o artigo 4º do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho. Este afirma, na parte final, que as declarações negociais são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos. Impõe-se a questão de saber, no caso da gestação de substituição, qual é o início do processo terapêutico. Após isto, nenhuma das partes pode revogar o seu consentimento. Note-se que, na parte inicial, o legislador abre a hipótese à gestante de revogar o seu consentimento ao abrigo da causa de justificação específica prevista no artigo 142º, nº 1, alínea e) do CP¹²¹.

A parte inicial do artigo 4º é crucial no sentido em que, com a Lei nº 16/2007, de 17 de abril, todas as mulheres em Portugal podem interromper voluntariamente a gravidez, desde que o façam nas primeiras dez semanas de gravidez. Se apenas existisse o artigo 14º, nº 4 da Lei da PMA, a gestante de substituição estaria proibida de o fazer dado que já se teriam iniciado os processos terapêuticos, o que não era razoável, tendo em conta que a interrupção voluntária da gravidez levada a cabo pela gestante deve ser entendida como a forma “mais pura” da revogação do consentimento. Esta opção do legislador é compreensível visto que, a gestante pode arrepender-se após se iniciarem os processos terapêuticos, não esquecendo que, embora estes contratos sejam de natureza gratuita, são, ao mesmo tempo, “altamente onerosos” para a gestante de substituição.

¹¹⁹ Como podemos deduzir pelo artigo 5º, 3º parágrafo da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e pelo artigo 6º, nº 1, parte final da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

¹²⁰ Artigo 81º, nº 2, primeira parte do CC.

¹²¹ O artigo em causa trata da interrupção da gravidez não punível, sendo que no nº 1 o legislador tipificou os casos em que a mulher pode interromper voluntariamente a gravidez. A que consta da alínea e) é aquela que é “realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”.

1.3. Consequências da revogação do consentimento

Podem advir consequências da revogação do consentimento? De facto, o artigo 81º, nº 2 do CC, na parte final, admite a possibilidade de existir uma obrigação de indemnização, com fundamento no prejuízo causado à frustração das legítimas expectativas de terceiros, a cargo daquele que revogou o seu consentimento.

Neste seguimento, o artigo 3º do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho regula o contrato de gestação de substituição, sendo que o nº 3 enumera as cláusulas que devem constar deste contrato. Da alínea j) lê-se que o contrato deve conter cláusulas que tenham por objeto os “termos de revogação do consentimento ou do contrato e as suas consequências”. Será que podemos admitir que, no âmbito destes contratos, exista uma obrigação de indemnizar, convocando, para este efeito, o artigo 81º, nº 2 do CC? Vejamos duas hipóteses.

Na hipótese de o casal beneficiário revogar o seu consentimento, este só pode dar-se até ao início dos processos terapêuticos, como se depreende do artigo 4º do Decreto Regulamentar em causa. Não deve haver obrigação de indemnizar, neste caso, na medida em que não nos parece que, desta revogação, tenha resultado algum prejuízo às legítimas expectativas da gestante de substituição. Para além disso, é o próprio texto da lei que estabelece a possibilidade de, até este momento, as partes revogarem o seu consentimento, sem que daí possa resultar alguma desvantagem.

Caso diferente e que pode suscitar mais dúvidas é o caso em que a gestante de substituição revoga o seu consentimento. Existem duas situações possíveis. A primeira é aquela em que a mulher gestante revoga o consentimento até ao início dos processos terapêuticos. Neste caso, convocam-se os argumentos que referi supra para o casal beneficiário e, portanto, não há obrigação de indemnizar.

A segunda, relaciona-se com a possibilidade de a gestante, após o início dos processos terapêuticos, revogar o seu consentimento, interrompendo voluntariamente a gravidez, como admite a primeira parte do artigo 4º. Perante esta situação, deve a gestante de substituição indemnizar o casal beneficiário? Mediante o artigo 81º, número 2 do CC, para existir uma obrigação de indemnizar deve existir um prejuízo às legítimas expectativas do casal beneficiário, o que é expetável que exista, tendo em conta a ânsia em ter um filho, que será abalada com a interrupção voluntária da gravidez. Em relação à questão de se considerar ético obrigar a gestante a indemnizar, a resposta deve ser negativa. Devemos

perceber que o artigo 142º, nº 1, alínea e) do CP ao permitir que todas as mulheres possam interromper voluntariamente a gravidez, até às dez semanas, e não tendo o artigo 4º vedado esta hipótese à gestante de substituição, poderá fazê-lo. Aliás, para que haja um verdadeiro consentimento informado, deve o médico esclarecer as partes acerca da possibilidade que a gestante tem em poder interromper a gravidez. Por último, é de refletir se, no âmbito de um contrato no qual vigora o altruísmo, pode haver a obrigação de indemnizar. Não devemos considerar que exista, na medida em que a gestante de substituição, enquanto mulher, pode interromper voluntariamente a gravidez até às dez semanas, salvaguardando os seus direitos à integridade e liberdade físico-psíquica, não admitimos ser possível uma “renúncia antecipada da possibilidade de interrupção da gravidez”¹²². Tal é visível ao longo do processo de gestação de substituição, dado que é a gestante que mais complicações físicas e, acima de tudo, psicológicas sofre, pelo que seria insustentável recair sobre esta a obrigação de indemnizar no caso de esta, interromper voluntariamente a gravidez, quando a própria lei o permite fazer.

1.4. Denúncia

A denúncia é uma das formas de extinguir a relação contratual. Trata-se de um negócio unilateral e gera efeitos não retroativos, isto é, não são restituídas prestações que já se realizaram com base no contrato¹²³.

Os contratos de gestação de substituição devem conter uma cláusula que preveja a possibilidade de qualquer das partes denunciar o contrato após um dado número de tentativas de gravidez falhadas, como indica o artigo 3º, nº 3, alínea i) do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho. O processo pode ser moroso sendo que a gestante de substituição pode nunca conseguir engravidar, parecendo razoável que quer ela, quer os beneficiários tenham a possibilidade de extinguir a relação contratual.

¹²² MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “‘Subitamente no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2018, pp. 119-120.

¹²³ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Vol. II*, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 103.

As partes devem fazer constar do contrato os termos em que a denúncia é possível, como por exemplo, o número de tentativas de gravidez a partir das quais, se falhadas, podem denunciar.

2. Direitos da gestante de substituição

2.1. Direito à escolha do obstetra, tipo e lugar do parto

A gestante tem o direito de escolher qual o obstetra que quer que a acompanhe durante a gravidez, assim como o tipo de parto que irá fazer e o local onde este terá lugar, *ex vi* na alínea b), do nº 3, do artigo 3º do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho. Embora seja a gestante aquela que gozará deste direito, considera-se que deve o casal beneficiário ser ouvido, de modo a que se tutelem devidamente todos os interesses em causa.

2.2. Direito a acompanhamento psicológico

De acordo, com a alínea c), do nº 3, do artigo 3º do Decreto Regulamentar supramencionado a gestante pode ser acompanhada por um psicólogo antes e após o parto. Este direito é de extrema importância dado que a gravidez é um fenómeno que altera a mulher, não só a nível físico, mas essencialmente a nível psicológico, principalmente porque a gestante convive com o facto de saber que a criança “que carrega” não é, nem nunca será sua, impondo-o a própria lei visto que, uma vez nascida a criança, esta é tida como filha dos beneficiários. Desta forma, a gestante irá reprimir o afeto que sente ao longo da gestação para que a separação desta e da criança não seja tão difícil¹²⁴.

A gestante deve ser acompanhada durante todo o período de gestação e mesmo após o parto. Impõe-se a questão de saber quem é que pode custear estas despesas. O artigo 8º, nº 5 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho e o artigo 3º, nº 3, alínea k) do Decreto Regulamentar estabelecem respondem, estabelecendo que o casal beneficiário deve pagar as despesas que decorram do “acompanhamento de saúde efetivamente prestado”. Neste sentido, dir-se-á que o acompanhamento psicológico se subsume neste preceito, sendo que devem os beneficiários custear as despesas do acompanhamento em causa, não só durante o período de gestação, mas também o acompanhamento necessário após o parto.

¹²⁴ Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*, de 19 de maio de 2017, p. 69.

Todavia, estas situações devem ser supervisionadas pelo CNPMA¹²⁵ para que, o pagamento destas despesas não se converta em um “pagamento” ou “compensação” entregue à gestante de substituição pelo “incómodo”, de modo a acautelar ao máximo o caráter gratuito do contrato.

Urge ainda outra questão: deve o legislador fixar um período razoável em que se presume que o acompanhamento psicológico se deve à situação de gestação de substituição? De facto, a Lei da Investigação Clínica¹²⁶, consagra no artigo 15º, nº 3 uma presunção que determina que no caso de estudos clínicos com intervenção, os danos que afetarem a saúde do participante durante a realização do estudo e no ano seguinte à sua conclusão, presumem-se causados por este. Esta presunção é válida durante doze meses após terem terminado os estudos clínicos.

Reconhecemos, também, a necessidade de, no âmbito da gestação de substituição, existir uma presunção segundo a qual, as complicações psicológicas que afetem a gestante após o parto, se presumam resultantes desta, cabendo ao legislador fixar um período razoável.

2.3. Direito de recusa de tratamentos

A gestante pode ainda recusar submeter-se a determinados tratamentos no âmbito do período gestacional, tal como estipula a alínea d), do nº 3, do artigo 3º do Decreto Regulamentar. Deve, todavia, fazê-lo constar de uma cláusula do contrato. A norma dá como exemplo a recusa da amniocentese, exame de diagnóstico no qual é extraído líquido amniótico, com a finalidade de detetar se o feto possui anomalias cromossómica, como por exemplo a Síndrome de Down.

2.4. O direito a interromper voluntariamente a gravidez

As partes devem fazer constar, no contrato¹²⁷, as disposições que devem observar no caso de existência de malformações fetais ou até na saúde da grávida (alíneas g) e h), do

¹²⁵ Segundo o artigo 8º, nº 4 da Lei da PMA, o CNPMA é a entidade designada pela lei à qual compete supervisionar todo o processo.

¹²⁶ Lei nº 21/2014, de 16 de abril, alterada pela Lei nº 73/2015, de 27 de julho.

¹²⁷ O artigo 8º, nº 10 estipula que esta cláusula integre, obrigatoriamente, o contrato.

artigo 3º, nº 3). Desta forma, salvaguardam-se os interesses de todos os intervenientes, uma vez que se for diagnosticada alguma malformação ao feto, quer a gestante, quer os beneficiários, estão conscientes das consequências que daí possam advir. A gestante pode, *ab initio*, recusar a interrupção voluntária da gravidez, não podendo os beneficiários exigir que ela o faça. Note-se, mais uma vez, que a criança que vier a nascer será tida como filha do casal beneficiário.

Podem existir situações em que a gestante interrompe a gravidez. Como já verificamos, o artigo 4º do Decreto Regulamentar estabelece que após o início dos processos terapêuticos, pode a gestante recorrer à interrupção voluntária da gravidez. Assim sendo, têm os beneficiários direito a uma indemnização pela frustração das legítimas expectativas? Devemos entender que esta indemnização não é possível¹²⁸.

2.5. Direito a receber o valor das despesas

O contrato de gestação de substituição deve ser gratuito, sendo que a gestante não pode receber, por parte dos beneficiários, qualquer quantia pecuniária ou doação, tal como indica o artigo 3º, nº 3, alínea k) do Decreto Regulamentar nº 6/2017 e o artigo 8º, nº 2 e nº 5 da Lei nº 32/2006, de 26 de julho. Obviamente não impede que a gestante deva receber as despesas que teve na vigência do contrato¹²⁹, como as despesas resultantes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado e em transportes.

Todo o pagamento que exceda as despesas supramencionadas será considerado no âmbito de um contrato de gestação de substituição de cariz oneroso, sendo punível, para os beneficiários, com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias e para a gestante de substituição apenas com pena de multa até 240 dias¹³⁰.

2.6. Direitos de parentalidade

A gestante de substituição tem inúmeros direitos durante o período de gestação, tal como estabelece o artigo 35º, nº 1 do CT em várias das suas alíneas.

¹²⁸ *Vide supra* 1.2.

¹²⁹ O acompanhamento psicológico após o parto deve ser considerado uma despesa, cujo pagamento deverá correr por conta do casal beneficiário. A este propósito, *vide supra* 2.2.

¹³⁰ Artigo 39º, nº 1 e 2 da Lei 32/2006, de 26 de julho.

A gestante pode usufruir de licença em caso de risco clínico durante a gestação (alínea a)), quando este a impeça de exercer a sua função, independentemente do motivo que originou esse impedimento e estando este relacionado ou não com as condições da atividade que exerce. Neste caso, deve o empregador proporcionar uma atividade que seja compatível com a situação da trabalhadora. Caso contrário, a grávida tem direito a licença, pelo período que o médico considerar necessário, tendo ainda o direito ao subsídio de 100% da sua remuneração¹³¹.

Tem, igualmente, direito à dispensa da prestação de trabalho por parte de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante¹³², de modo a proteger a sua saúde (alínea f)). Desta forma, a trabalhadora grávida pode ser dispensada de prestar trabalho, entre as 20 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte, desde que apresente atestado médico, com antecedência de 10 dias¹³³. O empregador deve atribuir-lhe um horário diurno em alternativa ao noturno, porém se não for possível, a trabalhadora tem direito a dispensa de trabalho com subsídio respeitante a 65% da sua remuneração¹³⁴. Para além disso, sempre que durante o exercício da sua atividade, a trabalhadora grávida estiver exposta a agentes, processos ou condições laborais que lhe possibilite o desenvolvimento de um risco específico, deve o empregador adaptar as condições de trabalho à grávida; se não for possível, deve conferir tarefas que sejam compatíveis com o seu estado; e, por último, se nenhuma das duas hipóteses forem praticáveis, deve dispensar a trabalhadora de prestar trabalho¹³⁵.

A gestante tem o direito a ser dispensada para comparecer às consultas pré-natais (alínea g)), assim como às consultas de preparação para o parto, dado que o artigo 46º, nº 4 equipara-as. O legislador, no nº 2 deste artigo, prefere que a trabalhadora grávida marque essas consultas fora do horário laboral, no entanto, se não for possível, pode o empregador exigir prova deste facto (nº 3). A trabalhadora grávida pode demorar o tempo necessário na consulta, assim como pode marcar consultas as vezes que se afigurem necessárias (nº 1).

¹³¹ Artigo 37º do CT e artigos 9º e 29º do Decreto-Lei nº 91/2009, de 9 de abril.

¹³² O artigo 36º do CT precisa estes conceitos – trabalhadora grávida, puérpera, lactante – que devemos ter em consideração em matéria de proteção da parentalidade.

¹³³ Artigo 60º, nº 1 e 4 do CT.

¹³⁴ Artigo 60º, nº 2 e 3 do CT e artigo 18º e 35º do Decreto-Lei nº 91/2009, de 9 de abril.

¹³⁵ Artigo 62º, nº 2 e 3 do CT e artigo 18º do Decreto-Lei nº 91/2009, de 9 de abril.

A gestante não está obrigada a prestar trabalho suplementar, estando este direito consagrado no artigo 59º do CT.

2.7. Licença pós-parto

Em relação à licença que a gestante de substituição terá direito após o nascimento da criança, o legislador determinou que esta beneficia do regime equivalente ao previsto para as situações de interrupção da gravidez¹³⁶. Neste sentido, o artigo 38º do CT, no nº 1 estabelece que a trabalhadora tem direito a uma licença – por interrupção da gravidez – com duração entre os 14 e os 30 dias¹³⁷. O nº 2 determina que a gestante informe o empregador e apresente, com a maior brevidade possível, o atestado médico que contenha nele o período da licença.

Deverá, contudo, ser dado o devido destaque ao que consta do preâmbulo do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho, no qual o legislador assume que os contratos de gestação têm como primeiro objetivo assegurar o superior interesse da criança, mas reforça igualmente a ideia de que “os interesses da mulher gestante são tidos em devida consideração”. Mais adiante, ainda no preâmbulo em análise, o legislador reconhece que a situação de gestação de substituição pode causar “potenciais riscos psicológicos e afetivos”.

A preocupação pela saúde física e mental da gestante de substituição parece ser, apenas, enquanto dura a gestação. O parto não é um fenómeno pacífico, mas antes um fenómeno de grande violência, quer física – pelo desgaste que acarreta –, quer psicológica, sendo que, neste último caso, ocorre uma descompensação hormonal cuja recuperação não é, em regra, tão célere como a recuperação física. Por isso, é de afirmar que o parto altera a mulher, a todos os níveis¹³⁸.

Por tudo o que ficou dito, será de considerar que esta norma espelha uma situação de instrumentalização do corpo da mulher, visto que, esta suportou a gestação de uma criança durante cerca de quarenta semanas e que após o parto a teve de entregar a outro casal, apenas lhe é conferida uma licença de 14 a 30 dias para recuperar de todo este processo. A mulher

¹³⁶ Este regime está plasmado no artigo 6º, nº 2 do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho.

¹³⁷ Vide artigo 10º e artigo 29º do Decreto-Lei nº 91/2009, de 9 de abril.

¹³⁸ Acerca das consequências que a gestação acarreta na vida da gestante, ver Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*, de 19 de maio de 2017, pp. 12-16.

gestante não pode ser tratada como uma “mera incubadora dos filhos de terceiros”¹³⁹. O acompanhamento psicológico, após o parto, que o legislador prevê como forma de prevenir complicações físicas e psicológicas para a gestante, parece insuficiente.

2.8. Direito a amamentar

Podemos aceitar que a gestante de substituição amamente? Certo é que o legislador privilegia que a relação entre a gestante e a criança nascida se circunscreva ao mínimo indispensável, contudo, por força do artigo 3º, nº 2 do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho, há a possibilidade de serem aditadas cláusulas ao contrato de gestação de substituição, por acordo das partes. Podem, assim, estipular que a gestante amamentará a criança após esta nascer? E se aceitarmos esta hipótese, deve o legislador fixar um período máximo, tendo em conta o risco de desenvolvimento de laços afetivos¹⁴⁰?

A título de exemplo, se a gestante for familiar próxima do casal beneficiário e por ser mais fácil a convivência entre os intervenientes, será mais facilmente aceite que, se as partes estiverem dispostas a acordar as condições em que a amamentação ocorrerá, não deverão ser colocadas objeções, tendo em conta “a prevalência dos interesses da criança sobre quaisquer outros”. Todavia, independentemente do acordo das partes nesta matéria, uma cláusula desta importância teria de ser avaliada, rigorosamente, pelo CNPMA e tendo em consideração o caso concreto.

É de salientar que, havendo a possibilidade de a mulher gestante amamentar, terá igualmente acesso aos direitos laborais que estão previstos para os casos das trabalhadoras lactantes. Destarte, a trabalhadora lactante tem direito a ser dispensada quando esteja exposta a agentes ou condições que afetem a sua saúde, quando tenha sido o empregador alertado e

¹³⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe...*, cit., p. 49.

¹⁴⁰ MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de Substituição, março de 2012, disponível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>. Certo é que, no ordenamento jurídico do Reino Unido, os beneficiários apenas podem intentar a “ordem parental” decorridas seis semanas desde o nascimento. Assim, podemos afirmar que a amamentação foi uma das razões que fundamentou esta solução, visto que as primeiras seis semanas são de extrema importância na vida do bebé. Para além disso, as seis semanas são entendidas como um período de reflexão para ambos os intervenientes.

este não lhe atribuir outra tarefa ou horário, assim como está dispensada de prestar trabalho suplementar e noturno¹⁴¹. Para além disso, goza ainda de dispensa diária para amamentação¹⁴². Esta dispensa diária é gozada em dois períodos distintos, de uma hora cada, no máximo, enquanto durar a amamentação. Deve a trabalhadora comunicar ao empregador que amamenta, com dez dias de antecedência do início da dispensa, e terá de apresentar atestado médico se pretender que a dispensa dure para além do primeiro ano de vida da criança. Esta última parte da norma não é aceitável que se estenda aos casos de gestação de substituição, no sentido em que não é razoável a gestante amamentar durante um período tão longo.

3. Deveres relativos à gestante de substituição

3.1. Dever de respeitar as orientações médicas

Este dever surge, em primeira linha, no artigo 13º, nº 1, alínea b) da Lei da PMA, obrigando a gestante de substituição a “observar rigorosamente as prescrições da equipa médica” em todas as fases do processo. Portanto, deve acatar as orientações médicas impostas pelo obstetra, assim como submeter-se à realização de exames que este considere fundamentais para a correta evolução da gestação¹⁴³. Este dever não é absoluto, já que a gestante pode, no contrato-tipo, recusar submeter-se a exames de diagnóstico, como a amniocentese¹⁴⁴.

3.2. Dever de não aceitar qualquer tipo de pagamento ou doação

A gestante deve recusar qualquer tipo de pagamento, para além daqueles que se reportem às despesas. A lei impõe a gratuidade do contrato e, nessa medida, pune com pena de prisão ou pena de multa a onerosidade destes contratos. Segundo o artigo 39º, nº 2 da Lei da PMA à gestante é-lhe aplicada, somente, pena de multa até 240 dias.

¹⁴¹ Em relação a estes direitos laborais, *vide supra* 2.5.

¹⁴² Artigo 47º e 48º do CT.

¹⁴³ Artigo 3º, nº 3, alínea a) do Decreto Regulamentar 6/2017, de 31 de julho.

¹⁴⁴ *Vide supra* 2.3.

3.3. Dever de entregar a criança

O artigo 8º, nº 7 da Lei da PMA determina que a criança que vier a nascer é tida como filha do casal beneficiário. Tendo por base esta premissa, podemos admitir que a gestante tem um dever a entregar a criança? De facto, as partes têm o dever de cumprir integralmente o clausulado dos contratos e, nestes casos, haverá cumprimento quando houver entrega da criança.

Como já foi referido, uma vez nascida a criança deve o CNPMA ser informado acerca da data, hora e local onde este facto ocorreu, para que possa emitir uma declaração na qual indique que o casal de beneficiários são os pais da criança. Com esta declaração, o casal de beneficiários pode dirigir-se à Conservatória do Registo Civil e registá-la, onde constarão como pais. Todavia, pode dar-se o caso de a gestante de substituição não querer entregar a criança¹⁴⁵.

Do contrato deve constar a forma de resolução de conflitos que as partes irão adotar caso haja discórdia acerca da execução do contrato¹⁴⁶, sendo que a entidade competente para dirimir estes conflitos é o CNPMA.

4. Direitos do casal beneficiário

4.1. Direitos de parentalidade

O casal beneficiário tem, tal como a gestante de substituição, direitos ao nível laboral, embora em momentos distintos, pois para a gestante estes estão maioritariamente vinculados ao período da gestação.

Surge a questão de saber se os beneficiários estão abrangidos pela norma que dispensa a trabalhadora de prestar trabalho para comparecer nas consultas pré-natais. É um facto que o artigo 46º, nº 1 do CT apenas se dirige à “trabalhadora grávida”, todavia, tendo em conta o caso excecional em que se insere a gestação de substituição, podemos admitir as mesmas condições para os beneficiários? O legislador, no preâmbulo do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho reconhece a importância da “ligação da mãe genética com a criança, ao longo do processo de gestação de substituição”, o que nos leva a concluir que este regime se deverá aplicar igualmente à mãe beneficiária. Estas consultas devem ser

¹⁴⁵ *Vide infra*, 4.3.

¹⁴⁶ Artigo 3º, nº 3, alínea m) do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho.

marcadas num horário que não interfira com o horário laboral, porém se não for possível, pode o empregador exigir uma prova dessa circunstância (nº 2 e 3). O nº 5 admite que o pai tem direito a faltar três vezes para acompanhar a trabalhadora a estas consultas, devendo esta norma aplicar-se ao beneficiário.

Em relação ao abono de família pré-natal¹⁴⁷, devemos perguntar a quem deve pertencer este subsídio, se à gestante, se ao casal beneficiário. Para isso, é necessário perceber qual a razão pela qual este é atribuído. Tudo leva a crer que este seja atribuído como forma de ajudar os pais a fazer face a despesas que o nascimento de uma criança sempre comporta. Este pode ser requerido pela mulher grávida a partir da 13ª semana de gestação e mediante validação de determinados requisitos, pela apresentação dos documentos que façam prova da gravidez e dos rendimentos que auferir. Após o nascimento da criança, pode a mãe, no prazo de seis meses contados a partir do mês seguinte ao do nascimento, requerer este subsídio. Ou então, após o nascimento, pode a mãe requerer este subsídio, caso ainda não o tenha feito anteriormente, entregando apenas o documento de identificação da criança. Mediante isto, parece que a gestante de substituição não deve ter direito a requerer este subsídio, no sentido em que se trata de um contrato onde vigora a gratuidade e, desta forma, não deve ela receber quantias pecuniárias, salvo aquelas que sejam referentes às despesas de saúde e de transportes. Em sentido diverso, será plausível que, deva ser o casal beneficiário a receber este subsídio e como tal, após o nascimento da criança, devem requerê-lo nos seis meses a contar desde o mês seguinte ao nascimento.

Os pais da criança têm direito a trabalhar a tempo parcial (artigo 55º do CT) ou com horário flexível (artigo 56º do CT), sendo que a lei admite que este direito pode ser usufruído por um dos progenitores ou por ambos¹⁴⁸. Para tanto, basta comunicarem à entidade empregadora, com antecedência de trinta dias, anexando a este pedido uma declaração na

¹⁴⁷ Regulado pelo Decreto-Lei nº 176/2003, de 2 de agosto, republicado pelo Decreto-Lei nº 133/2012, de 27 de junho e alterado pelo Decreto-Lei nº 2/2016, de 6 de janeiro, no artigo 32º-A.

¹⁴⁸ No caso do regime de trabalho a tempo parcial, podem os dois exercer este direito, ainda que em períodos sucessivos. Para além disso, a Lei nº 120/2015, de 1 de setembro veio aditar dois preceitos a cada um dos artigos que regulam este direito, estabelecendo que os trabalhadores que beneficiem deste regime de trabalho parcial ou de horário flexível não podem ser penalizados em matéria de avaliação e progressão na carreira.

qual conste que o menor (de doze anos) faz parte do agregado familiar e a indicação do prazo previsto. Se o empregador recusar, podem contestar no prazo de cinco dias.

Os pais têm o direito de não prestarem trabalho suplementar, como plasma o artigo 59º do CT, no caso de terem filhos com idades inferiores a doze anos.

4.2. Licença parental inicial

Os pais têm direito a uma licença parental inicial de 120, 150 ou 180 dias¹⁴⁹. É uma licença que se considera aceitável, uma vez que a criança irá precisar de muitos cuidados e, acima de tudo, para fomentar a relação afetiva ente o casal e esta. A mãe tem de gozar, obrigatoriamente, uma licença de seis semanas a seguir ao parto, como plasma o artigo 41º, nº 2 do CT.

Podem ainda os pais beneficiar da licença parental complementar, para prestarem assistência a filhos com idades até seis anos¹⁵⁰.

4.3. Direito a receber a criança

Acerca deste direito, é fácil de perceber que se a gestante de substituição tem um dever de entregar a criança, os beneficiários têm um correspondente direito a recebê-la. Pode, no entanto, dar-se o caso em que a gestante modifica a sua vontade e não entrega a criança aos beneficiários.

Nestes casos, podemos lançar mão das providências tutelares cíveis, previstas nos artigos 3º, alínea e) e artigo 6º, alínea e) do RGPTC, que disciplina a entrega judicial da criança. O processo de entrega judicial da criança está consagrado no artigo 49º e seguintes do RGPTC. Desta forma, pode o casal de beneficiários requerer a sua entrega ao juiz, sendo que este, por sua vez, emite mandados de comparência para audição da criança – o que nestes casos é irrelevante, uma vez que se trata de um bebé – e pode também ouvir a pessoa que a

¹⁴⁹ Artigo 50º, nº 1 e 3 do CT e artigos 12º, 13º e 30º do Decreto-Lei 91/2009, de 9 de abril.

¹⁵⁰ Artigo 16º do Decreto-Lei nº 91/2009, de 9 de abril e artigo 51º do CT que estabelece quatro modalidades admitidas para esta licença: trabalho a tempo parcial, por um período de doze meses; períodos intercalados de licença parental alargada e de trabalho parcial iguais a três meses de ausência; ausências interpoladas ao trabalho por três meses, desde que estejam previstas em regulamentação coletiva de trabalho; por fim, pode alargar a licença parental por três meses.

tiver acolhido, no caso, a gestante de substituição. Seguidamente, o juiz irá decidir ou então, se o processo tiver de prosseguir, ordenará a citação do MP e da gestante para contestarem no prazo de 10 dias. Se não for deduzida contestação, o juiz entrega a criança aos requerentes. Se for deduzida e for necessária a produção de prova, o juiz só decide após as provas serem produzidas.

5. Deveres dos beneficiários

5.1. Dever de não ingerência no estilo de vida da gestante de substituição

Este dever está expressamente consagrado na Lei nº 32/2006, de 26 de julho, no artigo 8º, nº 11, pelo qual, os beneficiários não podem impor restrições aos comportamentos da mulher gestante. Para além disso, os médicos devem prestar a informação ao casal beneficiário e à gestante acerca das consequências do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal¹⁵¹.

É necessário salientar este dever a cargo dos beneficiários uma vez que, como a própria lei determina que a criança nascida será tida como filha dos beneficiários, estes podem ser tentados a impor restrições à gestante tendo em conta que ela “apenas” está a gestar um filho que já é deles. Por outras palavras, o risco de conflito entre a gestante de substituição e o casal é elevado, na medida em que todos os hábitos da gestante serão avaliados por estes e poderão tentar impor a sua condição (neste caso, de pais que pretendem o melhor para o filho) à gestante¹⁵².

5.2. Dever de pagar – apenas – as despesas

Este é um dever que se verifica mediante a apresentação, por parte da gestante, dos documentos onde constam as despesas¹⁵³. Não podem, em caso algum, prestar outro tipo de pagamento ou efetuar nenhuma doação, como forma de retribuição pela gestação, dada a natureza gratuita imposta ao contrato.

¹⁵¹ Artigo 3º, nº 3, alínea f) do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho.

¹⁵² Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*, de 19 de maio de 2017, pp. 68-70.

¹⁵³ Artigo 8º, nº 5, parte final da Lei 32/2006, de 26 de julho.

Caso haja algum tipo de pagamento, o contrato será nulo, como determina o artigo 8º, nº 12 da Lei da PMA, o que fará com que a criança seja tida como filha da gestante de substituição, para além das sanções criminais previstas no artigo 39º desta lei que, no caso dos beneficiários, podem ser a pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias. A este propósito é de referir que o projeto de Decreto Regulamentar referente à regulamentação da Lei nº 25/2016, de 22 de agosto continha uma norma que estabelecia que, mesmo que os contratos fossem nulos, as crianças nascidas seriam igualmente tidas como filhas dos respetivos beneficiários. Ora, este preceito não poderia receber acolhimento por parte da doutrina, tal como denota o CNECV que afirma ser eticamente inaceitável que um negócio nulo gere os mesmos efeitos de um negócio válido. Para além disso, a Lei nº 25/2016, de 22 de agosto apenas veio regular os casos – excecionais – em que a gestação de substituição pode ser admitida¹⁵⁴.

¹⁵⁴ A este propósito, CNECV, Parecer 92/CNECV/2017 e ainda, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Filhos de pai anónimo no século XXI!”, cit., pp. 45-46.

Conclusão

Após uma análise problematizante, percebemos que a gestação de substituição não é – e está longe de ser – uma questão pacífica, desde logo, pela sua determinação conceitual¹⁵⁵ e por último, pelas propostas feitas na Assembleia da República, com vista a permitir que casais de homens possam aceder a estes contratos¹⁵⁶.

Os contratos de gestação de substituição devem ser regulados exhaustivamente, como forma de evitar, tanto quanto possível, os conflitos que daí advenham. Para isso, deve o legislador tomar em consideração os exemplos que os ordenamentos jurídicos internacionais nos fornecem¹⁵⁷. Acontece que, em alguns casos, não o fez, como por exemplo, não restringiu o acesso à gestação de substituição a pessoas residentes em Portugal, o que poderá levar a que se desencadeiem complicações como aquelas que ocorreram na Tailândia, que a levou a alterar as normas em matéria de gestação de substituição.

Quanto aos direitos das partes, é notório que, em relação à mulher gestante, o legislador não consagrou de forma explícita alguns direitos, sendo que nesta matéria é fundamental estes elementos serem claros no âmbito do contrato. Os direitos laborais deveriam ser também objeto de reflexão, o que não sucedeu, dado que, o CT estabelece direitos tendo por destinatário, a mesma pessoa (isto é, a mulher que gera a criança e é tida como mãe da mesma). Existem, no entanto, direitos que, numa primeira fase, devem caber à gestante e após o parto, dizem respeito aos beneficiários, como por exemplo, a dispensa de prestar trabalho suplementar. Existem, também, direitos que podem pertencer à gestante de substituição e aos beneficiários em simultâneo, como o direito de ser dispensada para comparecer em consultas pré-natais.

Após o parto, os beneficiários têm direito a uma licença parental inicial de 120, 150 ou 180 dias, como se retira do artigo 50º, nº 1 e 3 do CT. É um período aceitável, tendo em conta a necessidade de criar laços afetivos com a criança e o facto de a criança necessitar de mais cuidados neste primeiro período. A mãe deve gozar uma licença de seis semanas,

¹⁵⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe...*, cit., pp.9-11. Devemos entender que será preferível a expressão de “gestação de substituição”.

¹⁵⁶ A deputada do Partido Socialista, Isabel Mayer Moreira, veio em 2017, propor que os contratos de gestação de substituição fossem alargados aos casais de homens, com fundamento em acabar com a discriminação de género.

¹⁵⁷ MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, Suicídio ...*, cit., pp. 159-160.

obrigatoriamente, após o parto (artigo 41º, nº 2 do CT). Devemos aceitar que esta obrigação tem como fundamento o facto de ser absolutamente imprescindível a presença da mãe na vida do bebé, nestas primeiras semanas e, para além disso, para que esta possa recuperar também do parto. No caso da gestante de substituição, a licença corresponde ao regime das situações de interrupção de gravidez, ou seja, entre 14 a 30 dias. Devemos seguir o entendimento de que não é um período razoável para uma recuperação eficaz da mulher gestante, sendo que, a prevenção de eventuais complicações físicas e psicológicas para esta, constitui um dos objetivos que o legislador quis acautelar.

As partes devem ser informadas acerca do instituto da adoção, do seu significado, assim como da sua importância¹⁵⁸. É compreensível a razão pela qual o legislador inseriu esta norma na Lei nº 32/2006, de 26 de julho, porém, não é suficiente. Em primeiro lugar, a adoção, em Portugal, os processos são extremamente morosos e complexos. Em segundo lugar, quem recorre à gestação de substituição prefere ter algum vínculo biológico, mesmo que este seja apenas com um membro do casal¹⁵⁹.

¹⁵⁸ JOÃO ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, Vol. I, 4ª Edição, Livraria Petrony, Lisboa, p.104. O autor define a adoção como “o ato jurídico pelo qual se estabelece entre duas pessoas, independentemente dos laços do sangue, uma relação *legal* de filiação”.

¹⁵⁹ CNECV, Parecer 63/CNECV/2012, pp. 23-24 e ainda, VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe...*, cit., p. 10.

Bibliografia

- Cabo, A. I. (2012). Maternidade de Substituição. *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 88.
- Canotilho, J. G., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4ª ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- Coelho, F. P., & Oliveira, G. (2006). *Curso de Direito da Família* (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora.
- Depadt-Sebag, V. (2004). De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui. *Revue Générale de Droit Médical*, nº 12.
- Gazzoni, F. (2006). *Manuale di diritto privato* (12ª ed.). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- González, S. V. (2017). *Gestación por Substitución en España*. Castellón de la Plana: Universidad Jaume I.
- Guimarães, M. R. (Março de 2017). 'Subitamente no verão passado': a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento. *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*.
- Hörster, H. E. (2009). *A Parte Geral do Código Civil Português*. Coimbra: Almedina.
- Leitão, L. T. (2017). *Direito da Obrigações* (11ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Lima, P., & Varela, A. (1995). *Código Civil Anotado* (Vol. V). Coimbra: Coimbra Editora.
- O'Byrne, K., & Gerber, P. (2015). Surrogacy and Human Rights: Contemporary, Complex, Contested and Controversial. Em *Surrogacy, Law and Human Rights*. Ashgate Publishing Limited.
- Oliveira, G. (1979). *Estabelecimento da Filiação*. Coimbra: Almedina.
- Oliveira, G. (1999). Aspectos jurídicos da procriação assistida. Em *Temas do Direito da Medicina*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, G. (1999). Legislar sobre Procriação Assistida. Em *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, G. (2015). Notas sobre a informação para o consentimento (A propósito do ac. do STJ de 09.10.2014). *Lex Medicinæ*, nº 23-24.
- Oliveira, G. d. (1992). *Mãe há só [uma] duas!* Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, G. d. (1999). Beneficiários da procriação assistida. Em *Temas do Direito da Medicina*. Coimbra: Coimbra Editora.

- Oliveira, G. d. (1999). O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas. Em *Temas do Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, G. d. (2013). Restrições de acesso à parentalidade na medicina da reprodução. *Lex Medicinæ, n.º 20*.
- Pereira, A. D. (2015). *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pereira, A. D., & Raposo, V. (2006). Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). *Lex Medicinæ, n.º 6*.
- Pereira, A. G. (2017). Filhos de pai anónimo no século XXI! Em *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida* (p. Março).
- Pinheiro, J. D. (2016). *O Direito da Família Contemporâneo* (5ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Pinto, C. d. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Polaino-Lorente, A. (1994). Los fundamentos de la bioética. Em *Manual de Bioética General* (2ª ed.). Madrid: Ediciones RIALP, S.A.
- Raposo, V. (2012). Quando a cegonha chega por contrato. *Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 88*.
- Raposo, V. L. (2005). *De Mãe para Mãe - Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Raposo, V. L. (2014). Anatomia da responsabilidade (A responsabilidade do médico da clínica e do dador no contexto da PMA). Em *Para Jorge Leite - Escritos Jurídicos* (Vol. 2). Coimbra: Coimbra Editora.
- Silva, M. O. (2012). *Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de Substituição*.
- Silva, M. O. (2017). *Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer*. Lisboa: Caminho.
- Silva, P. M., & Costa, M. (2011). *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Storrow, R. F. (2015). Surrogacy: American Style. Em *Surrogacy, Law and Human Rights*. Ashgate Publishing Limited.
- tecnologias, C. p. (1990). *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projetos)*. Coimbra.
- Varela, J. A. (s.d.). *Direito da Família* (4ª ed., Vol. I). Lisboa: Livraria Petrony.

Wilkinson, S. (s.d.). *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*.
Londres: Routledge.

Pareceres

- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida:
Parecer 90/CNECV/2016;
Parecer 92/CNECV/2017;
Parecer 63/CNECV/2012.

- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida:
Parecer 10 de novembro de 2016;
Deliberação nº 15-II/2017, de 20 de outubro;
Deliberação nº 16-II/2017, de 20 de outubro;
Deliberação nº 18-II/2017, de 8 de setembro;
Deliberação nº 20-II/2017, de 20 de outubro.

- Comité de Bioética de Espanha:
Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, de 19 de maio de 2017.

- IRN:
Parecer P.º C.C. 96/2010.