



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Daniela Filipa Craveiro Nunes

**O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NA
PROcriação Medicamente Assistida**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada pela
Professora Doutora Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora Vítor e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Janeiro de 2020



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Daniela Filipa Craveiro Nunes

O Estabelecimento da Filiação na Procriação
Medicamente Assistida

The Parentage Establishment in Assisted Reproduction

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

Orientadora: Paula Távora Vítor

Coimbra, 2020

Agradecimentos

Aos meus pais, que sempre me incentivaram, apoiaram e acreditaram em mim ao longo de todo o meu percurso académico.

À minha família, especialmente aos meus avós António e São.

À Senhora Doutora Paula Távora Vítor, por ter aceitado ser minha orientadora.

Resumo e Palavras-Chave

A Lei nº 17/2016 de 20 de junho introduz no ordenamento jurídico português a possibilidade de todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade, do estado civil e orientação sexual recorrerem a técnicas de procriação medicamente assistida. Consequentemente, passa a ser possível que casais de mulheres, e mulheres sós possam concretizar o seu projeto parental. No último caso, deparamo-nos com o surgimento de uma figura que tem sido evitada desde então, o filho de pai anónimo.

A Lei nº 25/2016 de 22 de Agosto altera a Lei nº 32/2006 no sentido em que a gestação de substituição passa a ser possível em território português. No entanto, têm sido suscitadas várias questões sobre o assunto, e foi já declarada inconstitucional a revogação do consentimento nos acórdãos do Tribunal Constitucional 228/2018 e 465/2019.

Irá ser abordado a determinação da parentalidade, nomeadamente quem pode ser beneficiário, como opera o consentimento, o contrato de gestação, a diferença entre o regime previsto no Código Civil e o da Lei nº 32/2006 e a alteração do regime de confidencialidade do dador.

Palavras-Passe: Filiação, Parentalidade, Procriação Medicamente Assistida, Gestação de Substituição, Beneficiários, Consentimento.

Abstract and Keywords

Law No. 17/2016, of June 20, introduced in Portugal legal system the possibility of female same-sex couples and single women without diagnosis of infertility using medically assisted procreation techniques to realize their parenting project. In the latter case, comes up the figure of the son with anonymous parent that has been avoided.

Law No. 25/2016, of August 22 changes the Law No. 32/2006 to make possible the surrogate motherhood in Portugal. However, several questions have been raised about surrogacy. The Constitutional Court declared unconstitutional the revocation of consent in judgment 228/2018 and 465/2019.

Will be approached the determination of parenthood, including who can be beneficiary, how consent works, the surrogacy agreement, the differences between the Civil Code and the Law No. 32/2006 and the modification of the donor's confidentiality policy.

Keywords: Filiation, Parenthood, Assisted Reproduction, Surrogacy, Beneficiaries, Consent.

Lista de Siglas de Abreviaturas

Al.- Alínea

Art.º - Artigo

Arts.- Artigos

CC- Código Civil

CNECV- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP- Constituição da República Portuguesa

IVG- Interrupção Voluntária da Gravidez

LPMA- Lei sobre a Procriação Medicamente Assistida

Nº- Número

P.- Página

PMA- Procriação Medicamente Assistida

PP.- Páginas

Vol.- Volume

Índice

Agradecimentos	1
Resumo e Palavras-Chave	2
Abstract and Keywords.....	3
Lista de Siglas de Abreviaturas	4
Índice	5

O Estabelecimento da Filiação na Procriação Medicamente Assistida

1.Princípios e Direitos Inerentes ao Estabelecimento da Filiação	9
1.1. O Direito a Ter Filhos	9
1.2. O Princípio da Não Discriminação	12
1.3. O Princípio da Verdade Biológica	13
1.4. O Princípio da Taxatividade dos Meios para o Estabelecimento da Filiação	13
2. A Procriação Medicamente Assistida	14
3. Os Beneficiários.....	15
3.1. Método Alternativo ou Subsidiário.....	17
3.2. A Discriminação dos Homens Sós ou em Relações Homossexuais no Recurso às Técnicas de PMA	19
4.O Regime de Confidencialidade do Dador	20
4.1. O Anonimato da Gestante de Substituição.....	22
5. O Contrato de Gestação de Substituição.....	23
5.1. A Invalidez do Contrato	25
6. O Consentimento	26
6.1. A Inconstitucionalidade da Revogação do Consentimento na Gestação de Substituição	28
7. O Estabelecimento da Filiação	33
7.1. O Critério Biológico do Código Civil.....	33
7.2. A Determinação da Parentalidade	37
7.2.1. A Maternidade	38
7.2.1.1. A Maternidade nos Casais Homossexuais de Mulheres.....	38
7.2.1.2. A Apelidada Mãe Só	39

7.2.1.3. A Maternidade nos Casos de Gestação de Substituição	40
7.3. A Paternidade	42
7.3.1. A Impugnação da Paternidade: o Artigo 1839/3 do Código Civil	43
7.4. A Inseminação <i>Post Mortem</i>	44
8. Breve Referência  Problemática do Turismo Reprodutivo	44
Conclusão.....	50
Bibliografia	51

Introdução

O tema da minha dissertação é o estabelecimento da filiação na procriação medicamente assistida.

A procriação medicamente assistida surge na segunda metade do século XX, com invenção da técnica da fertilização *in vitro*, após décadas de investigação com um único objetivo a avaliação e o tratamento da infertilidade conjugal.

A infertilidade existe desde os primórdios da sociedade e os casais sempre a tentaram colmatar ou com o adultério consentido, onde a criança nascida teria pelo menos o material genético de um dos cônjuges, ou com a adoção.

O aparecimento da procriação medicamente assistida veio possibilitar aos casais a concretização do seu projeto parental, mas também suscitar várias questões éticas, jurídicas, filosóficas, religiosas, entre outras.

O primeiro “bebé-proveta” do mundo nasceu em Inglaterra em 1978, com o nome de *Louise Brown*. Já em Portugal, Carlos Saleiro foi o primeiro a nascer fruto de fertilização *in vitro* em 1986.

Em Portugal, o primeiro diploma que visa regular as técnicas de procriação medicamente assistida surge com a Lei nº 32/2006, de 26 de julho que tem vindo a sofrer alterações ao longo dos tempos.

A evolução da sociedade e dos seus diversos contextos justificam as diversas alterações que têm sido feitas, nomeadamente o alargamento dos beneficiários, o fim do anonimato dos dadores e a gestação de substituição.

O estabelecimento da filiação, desde a reforma de 1977 do Código Civil, tem privilegiado o critério biológico para determinar a maternidade e a paternidade e o princípio da verdade biológica criando mecanismos como a impugnação para que o mesmo seja respeitado.

O mesmo não acontece na procriação medicamente assistida, embora a maternidade seja determinada de acordo com o facto do nascimento, quer na procriação medicamente assistida homologa quer na heteróloga, na determinação da parentalidade é necessário que haja consentimento para que a mesma possa ser estabelecida.

Irão ser abordados ao longo do trabalho quais os princípios principais do estabelecimento da filiação, questões derivadas do alargamento dos beneficiários, o contrato de gestação de substituição e quais as consequências da sua invalidade no estabelecimento da filiação, o

consentimento, a inconstitucionalidade da revogação do consentimento na gestação de substituição, o regime de confidencialidade do dador, o modelo de estabelecimento da filiação previsto no código civil e o modelo de determinação da parentalidade prevista na LPMA.

O Estabelecimento da Filiação na Procriação Medicamente Assistida

1. Princípios e Direitos Inerentes ao Estabelecimento da Filiação

1.1. O Direito a Ter Filhos

O maior obstáculo que se apresenta ao direito a ter filhos é a infertilidade que se define como a incapacidade de procriar, sendo que esta incapacidade tem que resultar do desenvolvimento normal de relações sexuais, sem a utilização de métodos anticoncepcionais durante dois anos. Pode chamar-se esterilidade, nos casos de infertilidade absoluta, que só pode ser superada através de técnicas de PMA, ou pode chamar-se hipofertilidade, nas situações de infertilidade relativa que pode ser solucionada através de outras técnicas terapêuticas.¹

O direito a ter filhos, enquanto direito fundamental, encontra fundamento no direito à intimidade e à reserva de vida e familiar (art.º 26º, nº 1 da CRP), no direito ao desenvolvimento pessoal (art.º 26, nº 1 da CRP), no direito a constituir família (art.º 36, nº 1 da CRP), e na efetivação das condições que permitam a realização pessoal dos membros da família (art.º 67º, nº 1 da CRP).²

O direito a constituir família parece o que mais se relaciona com os direitos reprodutivos, visto que, aqui o conceito de família não diz respeito somente ao direito ao matrimónio, mas também ao direito de procriar livre de obstáculos quanto ao estabelecimento da filiação. Embora o legislador não tenha previsto a procriação medicamente assistida nesta situação, entende-se que se deva interpretar o preceito para que este se estenda aos meios científicos aptos para a procriação.³

A procriação medicamente assistida justifica-se com a necessidade de partilha entre seres humanos do mesmo material genético ou criar uma situação onde aparentemente isso aconteça. Pois se assim não fosse, poderiam recorrer à adoção e criar vínculos sociais e afetivos com o adotado.⁴

¹ RAPOSO, Vera Lúcia, Direitos Reprodutivos in *Lex Medicinæ*, Ano 2, nº 3, Coimbra Editora, 2005, p. 111

² RAPOSO, Vera Lúcia, Direitos Reprodutivos in *Lex Medicinæ*, pp. 116-117

³ RAPOSO, Vera Lúcia, Direitos Reprodutivos in *Lex Medicinæ*, p. 117

⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, “Dá-me licença que tenha filhos?”: restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida, *Revista Direito GV*, V.15, N.2, 2019, pp. 3-4

O direito à reprodução insere-se no campo estrito do direito a ter filhos, e pode processar-se quer por via sexual quer por PMA.⁵

O direito à reprodução por via sexual permite, por um lado, que a pessoa possa manter relações com o parceiro que desejar, onde, quando e em que condições quiser, como forma de criar descendência. Por outro lado, a mulher não pode ser forçada a fazer um aborto, nem pode ser coagida à esterilização ou ao uso coativo de métodos anticoncepcionais⁶.

Na PMA este direito manifesta-se na possibilidade de aceder às técnicas e de poder beneficiar das potencialidades que as normas permitem.⁷

Assim sendo, a liberdade reconhecida na reprodução natural também se deverá estender à procriação medicamente assistida, embora se coloque o problema da PMA oferecer aos seus beneficiários um maior leque de escolhas reprodutivas.⁸

Vera Lúcia Raposo acredita que a figura do direito reprodutivo implica, cumulativamente, a intenção de transmitir material genético e de estabelecer com a criança um laço jurídico de filiação, de forma a assumir os respetivos encargos. Se apenas estiver presente a primeira dimensão estamos perante o direito de dispor do próprio corpo e do respetivo código genético, se estiver presente apenas a segunda estamos apenas perante o direito a constituir família.⁹

Na gestação de substituição, Mafalda Miranda Barbosa entende que se trata de um direito à liberdade reprodutiva ou direito à autodeterminação da maternidade e da paternidade, invés de um direito à reprodução, onde cada um tem o poder de afastar os demais de qualquer comportamento que ponha em causa a possibilidade de ser pai ou mãe ou que imponha essa paternidade/maternidade.¹⁰

Quando o Estado é parte passiva da relação jurídica, a pessoa tem o poder de exigir que este não lhe coloque obstáculos ao exercício da sua liberdade à autodeterminação da maternidade e da paternidade, embora não lhe possa exigir toda e qualquer prestação positiva no sentido de garantir a reprodução do ser humano por não ser possível garantir em termos

⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*, Vol. 1, p. 111

⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 1, p. 111

⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 1, p. 111

⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 1, p. 112

⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 1, p. 115

¹⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda, Entre a Instrumentalização da Mulher e a Coisificação do Filho: Questões Ético-Jurídicas em torno da Maternidade de Substituição, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XCIV, Tomo I, Coimbra, 2018, p. 246

prático-naturais a reprodução. Assim sendo, percebemos que devemos aqui falar de um direito à autodeterminação reprodutiva, em alternativa ao direito de reprodução, que não abrange somente a verificação do resultado, mas também o exercício e o cumprimento do correlativo dever que está vinculado pela pressuposição ético-axiológica que alimenta qualquer relação jurídica.¹¹

O princípio da dignidade humana está “umbilicalmente ligado aos direitos fundamentais” e encontra-se consagrado no artigo 1º da CRP.¹²

A dignidade da pessoa humana não é jurídico-constitucionalmente apenas um princípio-limite, como também tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos, que está na base de concretização do princípio antrópico ou personocêntrico inerente a diversos direitos fundamentais, tais como: o direito à vida, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à integridade física e psíquica, o direito à identidade pessoal e o direito à identidade genética.¹³

Na Procriação Medicamente Assistida, com mais incidência na gestação de substituição, a dignidade humana tem sido utilizada para fundamentar a limitação e a negação da PMA, quando deveria ser fundamento do direito à reprodução.¹⁴

As críticas à PMA fundadas na dignidade humana, na maioria das vezes, são feitas sem motivo concreto e acabam por exaurir a dignidade que parece ser tão extensa que abrange tudo o que não cabe noutros princípios. Só que, proibir certos comportamentos, por supostamente violarem a dignidade humana, porque a pessoa é tratada com um meio e não como um fim, pode originar na mesma a violação da dignidade humana que conduz a uma retirada das condições básicas para o seu auto-respeito.¹⁵

A dignidade compreendida como autonomia, dever-se-á estender a todos os campos de vida, incluindo a reprodução humana, e a todos os comportamentos que visem a realização da pessoa e deve ser utilizada para fundamentar a figura dos direitos reprodutivos e não para limitar as escolhas reprodutivas.¹⁶

¹¹ BARBOSA, Mafalda Miranda, Entre a Instrumentalização da Mulher e a Coisificação do Filho..., Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XCIV, Tomo I, Coimbra, 2018, pp. 246-247

¹² RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 1, p.248

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, A Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 198

¹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 1, p. 248

¹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 1, p. 249

¹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 1, p.249

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o problema está em saber até que ponto é que o direito a ter filhos envolve um direito à inseminação artificial heteróloga ou à gestação de substituição. O seu entendimento vai no sentido em que o preceito do art.º 36º da CRP só poderá oferecer algum subsídio para a questão em conjugação com os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de direito democrático, que garantem simultaneamente a autonomia pessoal, como os seus limites.¹⁷

A alínea e) do art.º 67 da CRP impõe ao Estado a regulamentação da procriação medicamente assistida. O problema da admissibilidade constitucional da procriação medicamente assistida é resolvido pelo direito a ter filhos, pois este reconhece *expressis verbis* a liberdade de procriação como liberdade negativa sem interferência do Estado. Este direito, pela sua natureza, pressupõe dimensões prestacionais por se tratar de procriação medicamente assistida, mas não se reconhece um direito subjetivo a toda e qualquer procriação possível segundo o estado atual da técnica, excluindo-se as formas de procriação que lesam a dignidade da pessoa humana.¹⁸

1.2. O Princípio da Não Discriminação

O princípio da não discriminação de filhos nascidos através de técnicas de PMA está previsto no n.º 2 do art.º 3 da LPMA que nos diz que “É proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.”.

Esta norma encontra fundamento no princípio da igualdade consagrado no artigo 13º da CRP, e no art.º 26º, n.º 1 da CRP.¹⁹

O princípio da não discriminação também funciona entre os filhos nascidos do casamento e fora do casamento (art.º 8 CRP), no sentido em que as leis não podem dificultar o estabelecimento da filiação fora do casamento, ainda que os modos de estabelecimento de paternidade sejam diferentes.²⁰

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, A Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 567

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, A Constituição da República Portuguesa..., p. 859

¹⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, Petrony Editora, 1ª edição, 2019, p. 236

²⁰ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006, p. 50

1.3. O Princípio da Verdade Biológica

O princípio da verdade biológica significa “que as normas pelas quais se rege o reconhecimento dos vínculos devam estar previstas de tal modo que produzam resultados jurídicos fiéis à realidade biológica.”²¹

Este princípio também exige que seja possível a utilização de instrumentos de correção nos casos em que a aplicação das normas de estabelecimento da filiação conduzam a um resultado falso, sendo possível impugnar a maternidade ou a paternidade que não correspondam à maternidade biológica ou paternidade biológica.²²

O princípio da verdade biológica não é absoluto, pois como iremos ver, o estabelecimento da parentalidade na procriação medicamente assistida heteróloga e na gestação de substituição não coincide nem com a verdade biológica nem com a verdade jurídica, mas sim com a vontade de desenvolver um projeto parental.

1.4.O Princípio da Taxatividade dos Meios para o Estabelecimento da Filiação

De acordo com o princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação, os vínculos de filiação apenas podem ser estabelecidos através dos modos previstos imperativamente na lei, excluindo quaisquer acordos privados que pretendam constituir vínculos diferentes ou com fundamentos diferentes.²³

Este princípio fundamenta, por exemplo, as situações em que é necessário rejeitar os efeitos jurídicos de um acordo de gestação de substituição, ou seja, quando estes são celebrados de forma contrária à lei²⁴, gerando a sua nulidade.

O princípio da taxatividade dos meios permite que sejam estabelecidos vínculos de filiação assentes na vontade dos particulares, desde que, estejam previstos na lei, como por exemplo, a adoção que resulta da vontade manifestada pelos candidatos a adotantes, a perfilhação que pode ser entendida, de acordo com a tradição antiga, como um ato de vontade, o ato de iniciar uma investigação de paternidade que nasce de uma vontade privada

²¹ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 236

²² COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, p.52

²³ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 238

²⁴ Por exemplo: Quando um homem sozinho pretenda recorrer à gestação de substituição para ser pai; Quando se celebre um contrato oneroso em vez do gratuito que é imposto por lei nestas situações.

do pretense filho e qualquer ato de impugnação de um vínculo falso que assenta na vontade do impugnante.²⁵

Os modos de estabelecimento de filiação previstos na lei portuguesa são a indicação da maternidade (art.º 1806, nº 2 do CC), a declaração da maternidade (art.º 1806º, nº1, 1ª parte do CC) e o reconhecimento judicial (arts. 1814º a 1825º do CC) no caso do estabelecimento da maternidade, e a presunção (art.º 1796º, nº2, arts. 1826º a 1837º do CC), perfilhação (arts. 1849º a 1863º do CC), e reconhecimento judicial (arts. 1869º a 1873º do CC) no caso de estabelecimento da paternidade.

2. A Procriação Medicamente Assistida

A Procriação Medicamente Assistida consiste num conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do ato sexual, podendo ser também definida de acordo com a *Uniform Parentage Act* como o “método de causar gravidez sem ser através do coito”.²⁶

A Lei nº 32/2006 de 26 de julho que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, distingue-se da maioria das leis europeias²⁷, pois o legislador português teve a preocupação de delimitar o âmbito do diploma e enumerar as técnicas que disciplina.²⁸

A LPMA aplicar-se-á, então, de acordo com o artigo 2º às seguintes técnicas de PMA: inseminação artificial, fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, diagnóstico genético pré-implantação, outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias e às situações de gestação de substituição.

Dependendo da origem do material genético, a PMA pode ser homóloga quando os espermatozoides e os ovócitos provêm do próprio casal, ou pode ser heteróloga quando os

²⁵ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006, pp. 54-55

²⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 6ª edição, AAFDL, 2018-p.161

²⁷ A maioria das leis que não descreve as técnicas que disciplina com o justifica-o com os constantes avanços científico-tecnológicos.

²⁸ Costa, Marta e Silva, Paula Martinho, A Lei da Procriação Assistida Anotada, 1º Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 16

espermatozoides e/ou ovócitos não provêm do casal e tenha havido recurso a um dador que se caracteriza por ser alguém exterior ao casal.²⁹

3. Os Beneficiários

As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação (artigo 4º, nº1 da LPMA).

Inicialmente, o legislador português apenas permitia a utilização de técnicas de PMA a casais de sexo diferente que fossem casados ou vivessem em condições análogas às dos cônjuges e em situações em que se verifica-se um diagnóstico de infertilidade, ou um tratamento de doença grave, ou o risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras (artigos. 4º, nº 2 e 6º, nº1 da LPMA)

Atualmente, com as alterações introduzidas pela Lei nº 17/2016, de 20 Junho, que veio alargar o leque de beneficiários, passa a ser possível que casais de mulheres, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual possam recorrer a técnicas de PMA independentemente do diagnóstico de infertilidade (artigos 4º, nº 3 e 6º, nº1 da LPMA).

O Comité de Acompanhamento da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres das Nações Unidas nas suas conclusões de 24 de novembro de 2015, sobre os oitavo e nono relatórios pelo Estado Português relativos ao artigo 12º da Convenção³⁰, recomendou que o Estado Português assegure-se o acesso a técnicas de procriação medicamente assistida a todas as mulheres, sem quaisquer restrições³¹.³²

Um dos argumentos utilizados para justificar a extensão de beneficiários prende-se com a necessidade de uma prestação de serviços adequada e não discriminatória, para que quem

²⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 6ª edição, AAFDL, 2018, p.164

³⁰ O art.º 12º declara que os Estados devem tomar medidas para eliminar a discriminação contra as mulheres no campo dos cuidados de saúde e garantir, com base na igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços de cuidados de saúde, incluindo os de planeamento familiar. (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>)

³¹ De acordo com o ponto 45. (c), o Comité recomenda que o Estado Português adote medidas legislativas para facilitar e expandir o direito da mulher em decidir de forma livre e responsável o número de filhos que quer ter e garantir o acesso de todas as mulheres aos serviços de PMA, incluindo a fertilização *in vitro*, sem restrições. (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=PRT&Lang=EN)

³² Parecer 87/CNECV/2016, p. 10

não cumpra os critérios de elegibilidade não tenha que se deslocar para outros países para desenvolver o seu projeto parental, sob pena de o princípio da equidade ser violado.³³

A Lei nº 49/2018, de 14 de Agosto veio acrescentar mais dois requisitos que os beneficiários têm que preencher, o da idade mínima de 18 anos e a não existência de uma sentença de acompanhamento que vede o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida (art.º 6º, nº 2 da LPMA).

Embora a lei não estabeleça limite máximo de idade, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida entende que não existe limite máximo de idade para o parceiro masculino, e que o da mulher é de 50 anos para recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida. Contudo, os tratamentos só têm financiamento público se forem concretizados antes dos 40 anos da mulher, no caso das técnicas de fertilização *in vitro* e microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides, ou antes dos 42 anos da mulher se recorrer à inseminação artificial.

O CNPMA entende que nos casos de ausência de infertilidade se deva privilegiar a inseminação artificial devido à sua menor intervenção e invasividade, desde que existam razoáveis probabilidades de êxito. A aplicação de técnicas de PMA deve ser exigente e primar pela boa prática médica e segurança dos cuidados prestados aos beneficiários, de forma a assegurar que não existam riscos significativos para a saúde da mãe e da criança, salvaguardando a sua saúde e integridade física.³⁴

Se o alargamento dos beneficiários se fundamenta com o respeito pelo princípio da igualdade, é importante que o mesmo se verifique quanto aos novos beneficiários e aos que já estavam contemplados na versão original, para que haja um acesso equitativo, sem exclusão e que a prestação de serviços seja adequada, segura e não discriminatória.³⁵

O CNPMA sublinha a importância de uma redefinição estratégica que aumente a capacidade de resposta e crie condições adequadas para o aumento da utilização de técnicas de PMA no sector público, como por exemplo, assegurar um maior acesso a gâmetas de dadores terceiros.³⁶

³³ Parecer 87/CNECV/2016, p. 9

³⁴ Parecer do CNPMA relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da lei nº 17/2016, de 20 de junho, 10 de Novembro de 2016, p. 4

³⁵ Parecer do CNPMA relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da lei nº 17/2016, de 20 de junho, 10 de Novembro de 2016, p. 3-4

³⁶ Parecer do CNPMA relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da lei nº 17/2016, de 20 de junho, 10 de Novembro de 2016, p. 4

A igualdade que se tenta assegurar com o alargamento dos beneficiários, trata-se de uma igualdade entre iguais, e não de uma verdadeira igualdade constitucional ou fundamental no sentido de não discriminação em função do sexo, visto que os homens, sós ou em relações homossexuais, não podem recorrer a técnicas de PMA.³⁷

Embora, tenha havido um alargamento dos beneficiários de técnicas de PMA, a gestação de substituição só pode ser utilizada em situações muito restritas como nos casos de ausência de útero, de lesão, ou de doença desse órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, conforme o n.º 2 do art.º 8.º da LPMA.

A gestação de substituição só é possível se o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida depois de ouvir a Ordem dos Médicos autorizar o procedimento de acordo com o art.º 8.º, n.º 4 da LPMA.

3.1. Método Alternativo ou Subsidiário

A opção por um método subsidiário, um método complementar ou um método alternativo para delimitar os potenciais beneficiários de PMA vai ser feita de acordo com a natureza e os fins da PMA.³⁸

A natureza subsidiária da PMA relaciona-se com o “modelo ideal de reprodução”, assim sendo, só se pode recorrer a técnicas de PMA se a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica não coincidem.³⁹

Desde a sua origem, a lei n.º 32/2006 de 26 de julho, prevê no artigo 4.º, n.º 1 que “as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo de procriação”.

A concepção subsidiária assenta no requisito do diagnóstico prévio de infertilidade e para tratamento de doença grave ou perante risco de transmissão de doença.⁴⁰

Quanto ao acesso dos casais heterossexuais casados ou unidos de facto o método subsidiário mantém-se. Mas, quanto a todas as mulheres que podem recorrer a técnicas de

³⁷ GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado” in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, FDUP, Porto, 2017, p. 111

³⁸ Parecer 63/CNECV/2012, p. 4

³⁹ Parecer 63/CNECV/2012, pp. 4-5

⁴⁰ Parecer 63/CNECV/2012, p. 5

PMA independentemente do diagnóstico de infertilidade, estado civil e orientação sexual será que se mantém?

O legislador nada diz, não se sabe se intencionalmente ou não, visto que não alterou o nº1 do art.º 4 da LPMA, nem fez nenhuma ressalva quanto ao método quando alargou o acesso às técnicas de PMA.

O CNECV “entendeu ser conveniente ultrapassar a questão de como integrar a aplicação de técnicas de PMA nas tipologias convencionais”, após ter apreciado os projetos de lei, onde o Bloco de Esquerda suprimia o método, o Partido Socialista e os Verdes optavam por um método complementar, e o PAN classificava o método como alternativo.⁴¹

O CNECV conclui que mesmo que o projeto parental corresponda à diferenciação e complementaridade de vontades e desejos, a mulher deve ser tida como imediata beneficiária das técnicas de PMA, visto que, é sobre ela que recaem as consequências e potenciais riscos da gravidez.⁴²

O Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018 diz que a PMA deixa de ser regulamentada como método subsidiário e passa a ser um método alternativo, pois o princípio da subsidiariedade é substituído pelo princípio da complementaridade, devido à substituição do princípio da beneficência pelo princípio da igualdade perante a lei, embora não sejam todos abrangidos por este princípio.

Na minha opinião, há uma certa dualidade nesta situação. Por um lado, continua a vigorar o método subsidiário para os casais heterossexuais casados e unidos de facto, pois estes beneficiários continuam a ver a sua vontade em desenvolver o seu projeto parental restringida por determinados requisitos que já vimos anteriormente, como o diagnóstico prévio da infertilidade, sendo certo que o combate à infertilidade é um dos principais e primordiais fins da procriação medicamente assistida. Por outro lado, a possibilidade de todas as mulheres independentemente da sua orientação sexual, estado civil, e diagnóstico de infertilidade, vem alterar o regime da PMA alargando os beneficiários das técnicas de PMA e, para mim não faz sentido continuar a dizer-se que as técnicas são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação (art.º 4º, nº 1 da LPMA), quando o requisito da infertilidade que é o principal fundamento desse método é eliminado. Sendo assim, acho que a classificação do método não poderá ser totalmente subsidiária, porque existem

⁴¹ Parecer 87/CNECV/2016, pp. 7, 11

⁴² Parecer 87/CNECV/2016, p. 11

derrogações, portanto inclino-me para que as técnicas sejam consideradas um método alternativo de procriação.

3.2. A Discriminação dos Homens Sós ou em Relações Homossexuais no Recurso às Técnicas de PMA

Se o recurso às técnicas de PMA foi estendido a todas as mulheres independentemente de haver diagnóstico de infertilidade ou não, porquê que os homens também não têm essa possibilidade?

Em primeiro lugar, os homens sós ou em relações homossexuais para realizarem o desejo de serem pais, por razões científicas, só poderiam recorrer à gestação de substituição.

O CNECV entende que a “legitimação ética da gestação de substituição não pode apenas fundar-se apenas no desejo, na vontade e no direito de procriar dos autores do projeto parental”.⁴³

Não se entende a razão pela qual o acesso a homens sós ou que vivam em relações homossexuais, não tenha sido discutido no debate parlamentar de 2016 ou contemplado na legislação, sendo que se trata de um tema polémico e controverso na bioética e na PMA e uma das razões principais que contribuem para o “turismo reprodutivo”, pois se os homens não podem recorrer à PMA em Portugal, procuram sítios como a Califórnia para o poderem fazer.⁴⁴

Para Hugo Cunha Lança, a permissão de casais homossexuais de mulheres e a proibição de casais homossexuais no recurso à PMA trata-se de uma contradição aparente e não discriminatória visto que, se deve tratar os iguais igualmente e desigualmente os desiguais, e que esta questão não é uma temática de género, mas de sexo, na medida em que são reconhecidas as diferenças biológicas.⁴⁵

O argumento mais utilizado para vedar o acesso a casais homossexuais prende-se no suposto melhor interesse da criança. Os argumentos normalmente utilizados para restringir a parentalidade a casais homossexuais, como por exemplo, o perigo de orientarem mal as

⁴³ Parecer 104/CNECV/2019, p. 9

⁴⁴ SILVA, Miguel Oliveira da, Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um Olhar Bioético In Colóquio Internacional 22-junho- 2018, coord. Maria João Antunes e Margarida Silvestre, p.60

⁴⁵ LANÇA, Hugo Cunha, Procriação Medicamente Assistida in *Data Venia: Revista Jurídica Digital*, Ano 4, Nº06, Novembro de 2016, pp. 81-82

crianças, as submeterem a vexações, a discriminação que poderão sofrer na escola e a tentativa de ligar a homossexualidade à pedofilia não são válidos. O pior argumento, é aquele que tenta fazer corresponder a homossexualidade à pedofilia, porque para além de não haver estudos que o comprovem é calunioso. Quanto à discriminação é um pouco tendencioso, porque também existe ostracização de raças e etnias minoritárias e não é por isso que lhes é restringido o direito à reprodução. Os restantes enunciados também podem ocorrer em casais heterossexuais.⁴⁶

Embora o casamento e a adoção por casais do mesmo sexo estejam legalizados em Portugal, o primeiro desde 2010 e a segunda desde 2016, logo não se pode utilizar o velho argumento da destruição do modelo tradicional de família, pois o mesmo já foi ultrapassado, até mesmo quando a lei permite que mulheres sós ou em casais homossexuais possam recorrer à PMA como vimos anteriormente.

Na adoção, ao contrário do que acontece na PMA, não se prestigia diretamente o casal homossexual ou o interesse deles, mas sim a criança que merece um lar, uma família, uma vida melhor. Aqui o recurso à PMA, em que a criança ainda nem existe, é entendido como puro capricho.⁴⁷

4. O Regime de Confidencialidade do Dador

A inseminação artificial com recurso a dador separou pela primeira vez o pai genético de uma criança do ato sexual da sua concepção. Desta situação surge a necessidade de se legislar a inseminação artificial, para se garantir as obrigações do pai social ou “rearing father” e extinguir os direitos e obrigações do pai genético, pois a sociedade assume que o pai genético é o pai da criança em todas as situações.⁴⁸

A exclusão da paternidade do dador de sémen está contemplada no art.º 21 da LPMA, que declara que “O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a

⁴⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*, Vol. 2, p.53

⁴⁷ MOÁS, Luciane da Costa, CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela, Filiação e Tecnologias de Reprodução Assistida: entre medicina e direito in *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 20 [2], 2010, pp. 602-603

⁴⁸ ANNAS, George J., Redefining Parenthood and Protecting Embryos: Why We Need New Laws in What Price Parenthood? *Ethics and Assisted Reproduction*, The Hastings Center, 1992, p. 33

nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.”. Este preceito também se estende para a dação de sémen ou de ovócitos, em caso de fertilização *in vitro* (art.º 27º da LPMA), na dação e transferência de embriões, ou de quaisquer outros procedimentos (art.º 47º da LPMA).

Esta exclusão da paternidade tem sido aceite por todos os ordenamentos jurídicos, o mesmo já não se pode dizer da questão do anonimato do dador, visto que é adotado por uns, e rejeitado por outros que fazem prevalecer o direito de conhecer as origens genéticas.⁴⁹

O regime do anonimato do dador em Portugal, antes de ser extinto, era considerado um regime relativo, pois permitia que as pessoas nascidas através de processos de PMA acessem a informações de natureza genética que lhes dissessem respeito, junto aos serviços de saúde competentes. Também poderiam recorrer ao CNPMA para obter informações acerca de eventual impedimento legal a projetado casamento, sendo que a confidencialidade acerca da identidade do dador se mantinha, exceto se o mesmo o permitisse expressamente. As informações sobre a identidade do dador só poderiam ser obtidas por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.⁵⁰

Após várias discussões sobre se a identidade do dador deveria ou não ser anónima, chega o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018 que vem declarar inconstitucional o sigilo absoluto dos dadores.

A censura constitucional do regime relativo do sigilo dos dadores na procriação medicamente assistida heteróloga, e do absoluto anonimato das gestantes de substituição tem como fundamento a “afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP.”⁵¹

A Lei nº 48/2019 de 8 de julho veio alterar o regime do anonimato do dador previsto no art.º 15º da LPMA, passando a ser possível, aos nascidos em consequência de procedimentos de PMA com idade igual ou superior a 18 anos, obter a informação sobre a identificação civil do dador, ou seja, o nome completo do dador ou da dadora.

Com esta alteração ao regime de confidencialidade do dador foi aprovada uma norma transitória (art.º 3º da Lei nº 48/2019, de 8 de julho), que declara que “exceto nos casos em que os dadores autorizem de forma expressa o levantamento do anonimato, são abrangidos por um regime de confidencialidade da identidade civil do dador: os embriões resultantes de

⁴⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 253

⁵⁰ Redação originária do artigo 15 da Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

⁵¹ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018

doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até cinco anos após a entrada em vigor da presente lei; os gâmetas resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até três anos após a entrada em vigor da presente lei; as dádivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de maio de 2018.” Caso o dador não tenha nesse período autorizado o levantamento do anonimato da sua identificação civil, e findos os prazos anteriormente referidos, os gâmetas e embriões doados ou resultantes de doações são destruídos.

4.1. O Anonimato da Gestante de Substituição

A Lei nº 32/2006 estende a regra do anonimato à gestante de substituição através do seu art.º 15º, nº 1 que declara que “quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato de PMA.”.

Os contratos de gestação de substituição apenas são referidos expressamente no nº 1 do art.º 15º que prevê a obrigação de anonimato e no nº 5 do art.º 15º que diz respeito à proibição de menção das circunstâncias do nascimento no assento de nascimento, portanto, como nenhuma das restantes normas, nomeadamente aquelas que foram alteradas pela Lei nº 48/2019, se referem à gestante de substituição pressupõe-se que a identidade da gestante de substituição continua absolutamente anónima.

Acerca deste assunto, discute-se a hipótese de se incluir no contrato de gestação uma cláusula que permita às partes alterar a regra do anonimato, admitindo exceções ou afastando-a por completo, visto que, a existência de uma ligação emocional com a criança durante 9 meses justifica o conhecimento da identidade da gestante por parte da criança.⁵²

⁵² RAPOSO, Vera Lúcia, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) in Revista do Ministério Público nº 149, Ano 38, Janeiro-Março, 2017, pp. 47 e 48

5. O Contrato de Gestação de Substituição

O nº 1 do art.º 8º da LPMA define gestação de substituição como qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

O tipo mais antigo da gestação de substituição é o adultério consentido, onde a mulher infértil acorda⁵³ com o marido que ele terá relações sexuais com outra mulher, pressupondo que a criança que vier a nascer será considerada filha do casal. Concluimos assim, que o pai genético é o marido e a segunda mulher é a mãe genética e também a mãe geradora e que as vulgarmente denominadas “barrigas de aluguer” não têm necessariamente que se relacionar com as novas técnicas de procriação medicamente assistida.⁵⁴

A gestação de substituição pode ser gestacional ou tradicional/genética. Na gestação de substituição gestacional, o óvulo fertilizado pertence ou à beneficiária ou a uma terceira mulher e a “mãe de substituição” transporta no seu útero um feto com o qual não tem relação biológica. Neste tipo de gestação a gestante não contribui, nem estabelece um vínculo biológico com o embrião, apenas o carrega e gera a criança. Na gestação genética, a mulher doa parte do seu património genético para a criação de um feto realizado fora do seu corpo. Nesta situação, há uma doação de património genético por parte da mulher que gera a criança. Alguns autores defendem que não faz sentido falar-se de gestação de substituição, quando o que ocorre é uma doação de ovócitos.⁵⁵

A LPMA no nº 3 do art.º 8 acolhe a modalidade da gestação de substituição gestacional, pois a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de PMA com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no procedimento em que é participante.

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita⁵⁶ e só pode ser autorizada através de uma técnica de PMA

⁵³ Estes tipos de acordos de adultério consentido aparecem em histórias bíblicas, sendo a mais conhecida a de Raquel e Jacob, onde a serva é emprestada ao marido (Jacob) para que gere um filho para a sua dona (Raquel).

⁵⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma (duas)*, Coimbra Editora, 1992, pp. 8-11

⁵⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe*, Coimbra Editora, 2005, p.33

⁵⁶ A excecionalidade e a gratuitidade visam de certo modo atenuar o carácter controverso deste tema. Já nos Estados Unidos da América, nos finais dos anos 80 e início dos anos 90, muitas feministas condenavam as diversas tecnologias de reprodução, pois acreditavam que era uma forma do patriarcado controlar as mulheres

com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante, conforme o art.º 8º nº 2 e 3 da LPMA.

O contrato de gestação, devido à disciplina legal de base que a LPMA lhe confere, é considerado como uma modalidade típica do contrato de prestação de serviços, onde as suas obrigações essenciais se prendem com a obrigação de suportar uma gravidez, a gratuitidade do negócio, e a atuação da gestante por conta dos beneficiários.⁵⁷

Trata-se de um contrato obrigacional, onde as duas principais obrigações, se destinam a apenas uma das partes, a gestante, que se obriga a suportar a gravidez e posteriormente entregar a criança.⁵⁸

É um contrato obrigatoriamente gratuito⁵⁹, onde os beneficiários não podem efetuar nenhum pagamento, nem doação à gestante, exceto se se tratarem de despesas comprovadas decorrentes de acompanhamento de saúde (art.º 8º, nº 5 da LPMA).⁶⁰

Estamos perante um contrato bilateral imperfeito em que não existe um nexo recíproco entre as prestações das partes, visto que o reembolso das despesas não constitui uma contrapartida pela atividade da gestante.⁶¹

O contrato de gestação de substituição é ainda formal⁶², pois o nº 10 do art.º 8º declara que “A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.”.

e que a gestação de substituição originava uma mercantilização do corpo da mulher. (QUINN, Devon, Her Belly, Their Baby: A Contract Solution For Surrogacy Agreements in Journal of Law and Policy, 2018, p. 818)

⁵⁷ GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado” in Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, FDUP, Porto, 2017, p. 114

⁵⁸ GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado”, p. 115

⁵⁹ O maior argumento que sustenta a recusa do contrato de gestação oneroso, tem que ver com a dignidade da pessoa, porque se entende que pagar a uma pessoa para gerar uma criança e depois a entregar se traduz numa coisificação e degradação da pessoa humana e isso implica que um valor constitucionalmente consagrado como o da dignidade humana seja violado. (OLIVEIRA, Guilherme de, Mãe há só uma (duas), Coimbra Editora, 1992, p. 22)

⁶⁰ GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado”, p. 115

⁶¹ GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado”, p. 115

⁶² GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado”, p. 115

5.1. A Invalidade do Contrato

A capacidade jurídica dos “beneficiários” prevista no n.º 2 do art.º 6º da LPMA deve-se aplicar também à gestante de substituição, adaptando-se a epígrafe “beneficiários” para “intervenientes” nos procedimentos médicos.⁶³

Os negócios jurídicos de gestação de substituição serão nulos quando sejam celebrados por pessoas sem capacidade jurídica, nomeadamente menores, mesmo que tenham a autorização dos pais. Também serão nulos os contratos onerosos, os contratos celebrados sem que se verifiquem as razões médicas excepcionais especificadas na lei, quando não haja recurso a gâmetas de qualquer dos beneficiários ou com recurso a ovócito da gestante de substituição, quando existir uma relação de subordinação económica entre as partes, com preterição de forma escrita, sem a menção das disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez, com preterição dos requisitos de informação prévia dos intervenientes ou de autorização prévia, supervisão ou consulta das entidades referidas na lei, ou que restrinjam os comportamentos da gestante ou imponham normas de atemem contra os deus direitos, liberdades e garantias.⁶⁴

Se o contrato for nulo, não se produzem quaisquer efeitos jurídicos ainda que se possam verificar efeitos de facto e, de acordo, com o art.º 289º, n.º 1, as prestações realizadas deverão ser devolvidas, o que levanta problemas pois a gestante entregou uma criança em cumprimento do contrato nulo, sendo ressarcida das despesas inerentes à gestação e parto.⁶⁵

A filiação da criança fica em aberto nas situações de ineficácia do negócio jurídico, pois a lei nada diz sobre o assunto.

O Instituto dos Registos e Notariado entende que “ Os contratos de gestação de substituição, celebrados em território nacional, nulos nos termos do n.º 12 do artigo 8º da Lei n.º 32/2006, não produzem quaisquer efeitos, como decorre do artigo 280º do Código Civil, pelo que não permitem a inscrição no registo civil da parentalidade a favor dos beneficiários.”⁶⁶

⁶³ GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado”, p. 121

⁶⁴ Todas estas situações estão previstas no artigo 8º da LPMA. GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado”... pp. 121-122

⁶⁵ GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado”... p. 123

⁶⁶ Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado N.º 44/CC/2018 de 23-03-2018, p.12

Quando a gestação de substituição era proibida em Portugal, o art.º 8º da LPMA considerava que os contratos eram nulos e que a mulher que suporta-se a gravidez é que teria o estatuto de mãe. Guilherme de Oliveira pressupõe que o preceito desapareceu com a alteração de 2016 porque “os autores descansaram na aplicação da regra geral, e julgaram aquela norma supérflua”.⁶⁷

Assim sendo, na falta de uma regra legal específica, aplicar-se-á a regra geral tradicional prevista no art.º 1796º, nº 1 do CC, onde a mãe é a mulher que tem o parto, se esta solução se mostrar contrária aos interesses da criança, os meios gerais de proteção de crianças deve intervir.⁶⁸

6. O Consentimento

Quer nos casos de gestação de substituição, quer nos casos de PMA homóloga ou heteróloga a filiação depende do consentimento para ser estabelecida.

O consentimento é prestado de forma livre, esclarecida, expressa e por escrito pelos beneficiários ou beneficiária perante o médico responsável e é livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos de PMA, conforme os números 1 e 4 do artigo 14º da LPMA.

Não se trata de um estrito consentimento para ato médico, pois é dotado de efeitos ultra-constitutivos, com reflexos importantes e diretos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, desencadeando efeitos legais derogatórios das regras gerais.⁶⁹

Para Duarte Pinheiro, o consentimento insere-se num negócio jurídico que carece de disciplina própria suficiente e, que, por isso, dever-se-á reger, subsidiariamente, pelos princípios subjacentes às regras atinentes no consentimento de outros negócios que também são fonte de relações jurídicas familiares, como por exemplo, as do casamento⁷⁰, perfilhação⁷¹ e adoção^{72, 73}.

⁶⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 247

⁶⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 247

⁶⁹ REIS, Rafael Vale e, O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, Coimbra Editora, 2008, p. 445

⁷⁰ Aqui relevam as normas sobre impedimentos dirimentes absolutos, falta de declaração de vontade e falta ou vícios de vontade previstas entre os artigos 1600º e 1645º do Código Civil.

⁷¹ Em atos não negociais em que o aspeto volitivo é valorizado (artigos 1860º a 1862º do Código Civil).

⁷² Quanto ao consentimento do adotante previsto nos artigos 1990º e 1991º do Código Civil.

⁷³ PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 6ª edição, AAFDL, 2018, p. 195

Para que seja estabelecida a parentalidade, basta que no ato do registo seja exibido o documento comprovativo de que foi prestado o consentimento conforme o art.º 20º, n.º 2 da LPMA.

Esse documento cria também uma presunção ilidível do consentimento no estabelecimento da filiação, nas situações previstas no n.º 4 do art.º 20º da LPMA.

A liberdade e a vontade são dois elementos indispensáveis para a prestação do consentimento, os sujeitos têm que aceitar a prática de um determinado ato clínico ou técnica terapêutica, sem que outras circunstâncias condicionem a sua liberdade de decisão, ora porque pressões externas podem levar a uma manifestação de vontade que não se quer, ora porque situações de erro vício podem surgir a partir de factores endógenos e levar o sujeito se expresse através de uma vontade erroneamente formada.⁷⁴

O consentimento também deve ser esclarecido, note-se que não basta o simples acesso à informação, é necessário que a informação seja entendida pelo recetor, e que o médico explique de forma clara e suficiente e se disponha a esclarecer questões feitas pelo paciente para que haja garantia de que o beneficiário entendeu e considerou todo o procedimento para que possa prestar o seu consentimento livremente e de acordo com a sua vontade real.⁷⁵

O n.º 2 do art.º 14º da LPMA prevê que os beneficiários sejam informados por escrito de todos os benefícios e riscos conhecidos, e sobre as implicações éticas, sociais e jurídicas resultantes da utilização de técnicas de PMA.

Só que para além de ser difícil identificar todas as implicações éticas, sociais e jurídicas devido ao âmbito de concepção abstrato onde se encontra, também os modelos de consentimento disponibilizados na página do CNPMA parecem não explicitar essas implicações. Posto isto, é de recear que os consentimentos venham a ser declarados inválidos, pois a lei exige a comunicação dessa informação para que haja um consentimento livre e esclarecido.⁷⁶

Patrícia Gonçalves entende que o consentimento deve ser decomposto em dois: o consentimento para a prática de uma técnica de PMA e o consentimento para o estabelecimento da filiação. E que por se tratarem de situações distintas, também devem ser reguladas de maneiras distintas. Sendo assim, o consentimento para prática de ato médico

⁷⁴ GONÇALVES, Patrícia, Consentimento (Desinformado) na PMA Heteróloga, in *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 15, Coimbra Editora, 2011, pp. 130-131

⁷⁵ GONÇALVES, Patrícia, Consentimento (Desinformado) na PMA Heteróloga, p. 131

⁷⁶ GONÇALVES, Patrícia, Consentimento (Desinformado) na PMA Heteróloga, p. 132

deveria ser regulado pelas normas de teoria geral do direito civil e o consentimento do estabelecimento da filiação pelas regras do direito da família. Portanto, nas situações em que o consentimento esteja viciado por erro devido à informação e aos esclarecimentos clínicos prestados aplicar-se-ão as regras gerais do direito civil, e o vínculo da filiação subsistirá se o consentimento não tiver sido afetado pela invalidade causada pelo erro.⁷⁷

Esta autora também não partilha da mesma ideia que Duarte Pinheiro e a doutrina maioritária em classificar o consentimento como negócio jurídico fonte de relação jurídica inominada e em aplicar analogicamente as regras do casamento, perfilhação ou adoção no quadro da falta e vícios de vontade, por se revelar uma solução insatisfatória tendo em conta as suas características distintas. Para além disso, a aplicação analógica provocaria situações inaceitáveis que levariam ao exercício abusivo de direitos que permitiriam a destruição de vínculos de paternidade sem justificação plausível. Conclui então, que para impedir a produção de efeitos do consentimento não adotivo viciado basta recorrer a certas alternativas como a impugnação da paternidade.⁷⁸

6.1. A Inconstitucionalidade da Revogação do Consentimento na Gestação de Substituição⁷⁹

O Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4.^a elaborado pelo Bloco de Esquerda visava alterar o regime jurídico da gestação de substituição publicado pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto conformando-o com o Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional. Todavia, a sua proposta que previa que a gestante de substituição pudesse revogar o seu consentimento até ao momento de registo da criança nascida do processo de gestação de substituição, não foi contemplada no Decreto n.º 383/XIII, mantendo-se a redação originária da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, onde a revogação do consentimento só pode ser feita até ao "início dos processos terapêuticos de PMA".

O contrato visa a regulação de diferentes aspetos das relações entre as partes e traduz a adesão da gestante a um projeto parental dos beneficiários onde aceita, perante estes, submeter-se a um conjunto de operações que culminará no nascimento de um recém-nascido

⁷⁷ GONÇALVES, Patrícia, Consentimento (Desinformado) na PMA Heteróloga, p.133

⁷⁸ GONÇALVES, Patrícia, Consentimento (Desinformado) na PMA Heteróloga, pp. 134-136

⁷⁹ Sobre este ponto a fonte utilizada foi o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019.

que será entregue. Já o consentimento tem como finalidade garantir que as garantias assumidas são cumpridas de modo a não violentar os direitos fundamentais da gestante, tais como, o direito à integridade física, o direito à saúde e o direito a constituir família e a ter filhos.

O consentimento é essencial para que haja um contrato de gestação de substituição, contudo não é fácil fazer uma articulação jurídico-formal entre o consentimento, enquanto negócio jurídico unilateral e o contrato, enquanto negócio jurídico bilateral.

No entanto, a sua autonomia está assegurada pelo legislador até ao “início dos processos terapêuticos de PMA”, conforme o art.º 14º, nº 4, onde mesmo que o contrato já tenha sido assinado, o consentimento pode ser revogado, determinando assim a ineficácia do contrato.

O consentimento na gestação de substituição é mais complexo e abrangente, porque não se limita a autorizar a aplicação de uma técnica de PMA, mas sim a declarar o consentimento dos beneficiários e da gestante perante o médico responsável e os próprios interessados.

O art.º 8º, nº8 da LPMA remete-nos para o art.º 14º, nº 4 da LPMA que nos diz que “o consentimento é livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos de PMA”.

Na gestação de substituição a atenção é centrada na gestante, visto que é ela quem corre maiores riscos de saúde ao suportar a gravidez e o parto e posteriormente entregar a criança aos beneficiários, por isso as obrigações do contrato de gestação serem válidas juridicamente leva-nos a pressupor que consentimento anterior da gestante também é válido e eficaz, sob pena de ver a sua dignidade comprometida.

Todavia, a revogação do consentimento dos beneficiários, após recolha dos gâmetas exigidos e da concretização da transferência uterina, já não pode interferir nas obrigações essenciais do contrato.

Podemos então perceber, que ao contrário do que acontece com a gestante, os beneficiários não veem os seus direitos fundamentais em risco, e ao quererem romper o projeto parental, o que vai acontecer é que a criança nascida fruto de gestação de substituição irá para a adoção.

O processo de gestação por ser dinâmico e imprevisível, vai condicionar a possibilidade de um esclarecimento ou informação completa *ex ante*, e conseqüentemente levar a questionar se houve um consentimento suficiente informado e adotado em plena

consciência, sob pena de a aceitação não ser verdadeiramente livre por falta de esclarecimento suficiente.

As características da gestação justificam que uma alteração das circunstâncias que levaram a gestante a consentir lhe permita desistir do projeto parental. Contudo, devido às obrigações previstas no contrato, a mesma pode ser forçada a cumpri-las, por via direta, entregando a criança aos beneficiários, ou por via indireta, tendo que pagar indenizações compensatórias. Todavia, a natureza pessoalíssima das obrigações leva a que a dignidade da gestante esteja protegida somente se o cumprimento das obrigações for assumido voluntariamente.

A desistência da gestante do projeto previsto no contrato corresponde ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade.

Derivado às características físicas, biológicas, psíquicas e afetivas da gravidez e do parto, a possibilidade de revogar o consentimento prestado é a única garantia de que o cumprimento das obrigações é voluntário, e também garante o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Se as obrigações contratuais pressupõem o consentimento, quando este é revogado, estas deixam de subsistir e o incumprimento contratual deixa de ter lugar, assegurando a liberdade na decisão de revogar, por não haver pagamento de indenizações.

O preceito que aceita a livre revogação até “ao início dos processos terapêuticos de PMA” tem como objetivo a defesa dos interesses dos beneficiários em relação a uma “mudança de ideias” ou “arrependimento” da gestante.

A gestante pode querer afastar-se do projeto parental por duas razões: por não querer levar a gestação adiante, e sendo assim, recorre à interrupção voluntária da gravidez para a fazer cessar, ou porque quer levar a gravidez até ao fim, criando um projeto parental próprio, ficando com a criança que deveria entregar.

Os beneficiários também podem querer afastar-se do projeto por diversas razões, porém, devido à assimetria de obrigações entre eles e a gestante, e à proibição de obrigar uma mulher a efetuar uma interrupção voluntária da gravidez, os pressupostos legais fazem com que, após a transferência uterina, os beneficiários não possam voltar atrás nem obrigar a gestante a fazê-lo. Assim sendo, se a gestante não quiser assumir um projeto parental próprio com a criança que carregava no ventre, a única solução é os beneficiários entregarem o recém-nascido para a adoção.

O previsto art.º 8º, nº 10 da LPMA não permite assegurar que a gestante possa abortar, em todas as situações previstas⁸⁰ na lei que regula a exclusão da ilicitude da IVG⁸¹, sozinha e sem penalizações num estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, contudo as mesmas representam circunstâncias justificativas e atendíveis para que a gestante queira optar por realizar uma IVG. Devido à impossibilidade de revogação, a opção da IVG não está salvaguardada no seu todo pelo direito ao desenvolvimento da personalidade.

Forçar a gestante a cumprir as obrigações acordadas resultaria numa instrumentalização da gestante ao mesmo projeto parental que afetaria a sua autodeterminação e a sua dignidade pessoal. A vontade da gestante “é o pressuposto fundamental da legitimidade da intervenção e participação da gestante de substituição” e para que ela permaneça é necessário que a gestante tenha a possibilidade de revogar o seu consentimento até ao cumprimento de todas as obrigações previstas no contrato de gestação de substituição.

Quanto aos beneficiários, a livre revogação significará que o destino do projeto parental concebido por eles ficará subordinado à vontade da gestante que poderá frustrar as expectativas quanto à possibilidade de entrar filho seu na família.

Se colocarmos de um lado o peso das expectativas dos beneficiários, e do outro lado o sacrifício do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, determinado pela irrevogabilidade, observa-se que a desproporção é manifesta. Posto isto, a possibilidade da gestante revogar para além do início dos procedimentos terapêuticos é uma garantia de que a gestante não será instrumentalizada e que terá os seus direitos salvaguardados.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade das remissões dos artigos 8º, nº 8 e 14º, nº 5 para o artigo 14º, nº 4 da LPMA, porque considera que a limitação à revogabilidade da gestante restringe excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade (art.º 26º, nº 1 da CRP), interpretado à luz do princípio da dignidade humana (art.º 36º, nº 1 da CRP) e ao seu direito de constituir família (art.º 18º, nº 2 da CRP), conseqüentemente o art.º 8º, nº 7 da LPMA que prevê que a criança nascida através do recurso à gestação de substituição será tida como filha dos beneficiários, pelos

⁸⁰ A IVG não é punível quando se trate de uma “opção da mulher grávida até às 10 semanas, ou quando haja perigo de vida ou perigo para a saúde física ou psíquica da mulher grávida ou risco grave de que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou mal formação congénita”.

⁸¹ Lei nº 16/2007 de 17 de abril.

mesmos motivos também foi considerado inconstitucional. A justificação dada quanto a este último deve-se ao facto de que ele ao “estabelecer um critério especial de filiação da criança nascida através do recurso à gestação de substituição no pressuposto de que a gestante prestou o seu consentimento livre e esclarecido a tal modo de procriação, não ressalva a possibilidade de revogação desse mesmo consentimento - revogação essa que, por sua vez, implica a aplicabilidade do critério geral de filiação previsto no Código Civil”.⁸²

O “direito de arrependimento” da gestante está regulado em ordenamentos jurídicos, como o Reino Unido, desde nos anos oitenta do século passado. A versão originária do “*Surrogacy Arrangements Act 1985*” previa que os membros do casal beneficiário, que sabiam que não podiam ver como garantida a entrega da criança, tinham que pedir ao Tribunal uma ratificação retrospectiva, que apenas lhes era concedida se a criança já lhes tivesse sido entregue, quando estava assegurado o não arrependimento da gestante.⁸³

Atualmente, após as alterações de 1990, o “*Surrogacy Arrangements Act 1985*” admite que não pode haver uma execução forçada dos contratos de gestação de substituição e que os membros do casal beneficiário, interessados em gerar uma criança através de um contrato de gestação de substituição, pode pedir ao tribunal, nos seis meses seguintes ao nascimento, uma autorização para serem reconhecidos juridicamente como progenitores da criança, sem terem que recorrer à adoção. A decisão judicial só será favorável se a gestante der o seu consentimento, que só será válido quando prestado, no mínimo seis semanas após o parto.⁸⁴

⁸² Acórdão do Tribunal Constitucional n° 465/2019

⁸³ REIS, Rafael Vale e, *Alterações Recentes no Direito da Família: três exemplos in Parentalidade e Filiação*, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Lisboa, 2018, p. 89

⁸⁴ REIS, Rafael Vale e, *Alterações Recentes no Direito da Família*, pp. 89-90

7. O Estabelecimento da Filiação

7.1.O Critério Biológico do Código Civil

O critério biológico utilizado no estabelecimento da filiação foi introduzido no ordenamento jurídico português pelo Código Civil de 1977.

Se antes da sua entrada em vigor, era feita distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e o homem é que decidia se queria assumir o estatuto de progenitor, com a reforma de 1977, o sistema deixou de poder ser acusado de favorecer o instituto do matrimónio e a arbitrariedade dos homens.⁸⁵

Relativamente à paternidade, a presunção de que o marido da mãe seria o progenitor continuou, contudo a impugnação da paternidade do marido passou a seguir o regime da “prova do contrário” e os filhos nascidos fora do casamento passaram a ter liberdade para investigar a paternidade, tendo provas do facto biológico da progeneritura ou apenas presunções de que o réu seria o seu progenitor, sendo que o esforço probatório passou a ser racional e proporcionado e não discriminatório.⁸⁶

Na maternidade houve uma acentuação da verdade biológica através da eliminação da perfilhação pela mãe e a maternidade passou a resultar do facto do nascimento, e a ser estabelecida por uma simples indicação da identidade da mãe.⁸⁷

Os critérios do estabelecimento da filiação biológico são o genético, o coital e o uterino. O critério genético tem que ver com “*apport* genético”, ou seja, os pais terão que contribuir com quarenta e seis cromossomas, vinte seis de origem materna e outros vinte seis de fonte paterna. O critério coital refere-se à atividade sexual que originou a fertilização, logo serão considerados progenitores aqueles que mantiveram o ato sexual que deu origem à criança. O critério uterino designa com progenitora a mulher que carrega a criança no seu útero durante a gestação.⁸⁸

No estabelecimento da maternidade, o nosso Código Civil dá primazia ao critério uterino, visto que, de acordo com o art.º 1796º, nº 1, mãe é aquela que dá a luz e segue o

⁸⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, Critérios jurídicos da parentalidade in Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 272 e 273

⁸⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, Critérios jurídicos da parentalidade, p. 272

⁸⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, Critérios jurídicos da parentalidade, p. 273

⁸⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade, Vol. 2, p. 134

modelo germânico da responsabilização absoluta da mãe pelo fato do parto e um regime unitário que não faz distinção entre mães casadas e mães solteiras.⁸⁹

A maternidade pode ser estabelecida por um de três modos: por indicação da maternidade, por declaração da maternidade ou por reconhecimento judicial.

Na indicação da maternidade, a maternidade é estabelecida através da menção desta no assento de nascimento, em consequência da indicação feita pelo declarante do nascimento (art.º 1803º do CC). É um dos meios mais utilizados, visto que as pessoas obrigadas à declaração do nascimento devem também identificar a mãe do registando sempre que possível.⁹⁰

Nos casos em que a maternidade pode ser estabelecida num momento posterior àquele em que foi feito o registo de nascimento e, naqueles em que o registo de nascimento já existe, mas é omissivo quanto à maternidade, o meio técnico para estabelecer a maternidade será a declaração de maternidade feita pela própria mãe (art.º 1806º, nº1, 1ª parte do CC), ou a indicação ou identificação da mãe, feitas por outra pessoa (art.º 1806º, nº 2 do CC). O modo mais usual de se fazer a declaração de maternidade é a declaração feita perante o funcionário do registo civil, embora também possa ser feita por testamento, por escritura pública ou por termo lavrado em juízo, conforme o art.º 129º do Código de Registo Civil.⁹¹

O reconhecimento judicial tem lugar nos casos em que não tenha havido estabelecimento administrativo e se promove uma ação judicial destinada a obter uma sentença que declare a maternidade.⁹² Nestas situações pode-se recorrer a uma ação comum de investigação de maternidade, onde o filho intenta a ação com o intuito de ver reconhecido e estabelecido o seu vínculo de maternidade (art.º 1814º do CC), ou a uma ação especial, quando a mãe é casada (art.º 1222º e seguintes do CC).⁹³

A paternidade pode ser estabelecida por um de três modos: a presunção de paternidade, a perfilhação e o reconhecimento judicial.

⁸⁹COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, p. 59

⁹⁰ PIMENTA, José da Costa, Filiação, Livraria Petrony, 4ª Edição, 2001, p. 52

⁹¹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, p. 63

⁹² COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, p. 72

⁹³ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, pp. 73-76

A presunção da paternidade trata-se de um modo coativo, embora extrajudicial, que segue o antigo princípio romano “*pater is est quem nuptiae demonstrat*” que significa que pai é aquele que as núpcias indicam.⁹⁴

A presunção de que o filho nascido ou concebido em constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe que está prevista no artigo 1826º, nº 1 do Código Civil pretende fazer coincidir a realidade jurídica com a verdade biológica na atribuição legal da paternidade. A presunção legal de atribuição da paternidade funda-se nas regras da experiência e num juízo de probabilidade que pela sua natureza geram um risco de erro, por isso considera-se a presunção *iuris tantum*, para que se admita livremente a prova em contrário do fato presumido.⁹⁵ O critério biológico entra efetivamente em ação quando a mãe não está casada ou caso o marido da mãe impugne a paternidade.⁹⁶

A presunção da paternidade não se estende aos casais que vivam em condições análogas às dos cônjuges, ou seja em união de fato, por isso é necessário recorrer ao reconhecimento nos casos de estabelecimento de filiação fora do casamento (art.º 1796º, nº 2 do CC). O reconhecimento efetua-se por perfilhação ou por ou decisão judicial em ação de investigação conforme o art.º 1847º do CC.

A perfilhação é um ato que consiste numa manifestação de um indivíduo que se apresenta como progenitor de um filho que ainda não tem paternidade estabelecida. A manifestação passa a constar no registo civil, e a paternidade considera-se estabelecida, com efeito retroativo até à data do nascimento do filho. É o modo mais usual de reconhecimento jurídico da paternidade fora do casamento.⁹⁷

A perfilhação pode ser feita a todo o tempo (art.º 1854º do CC), por indivíduos maiores de dezasseis anos, que não sejam maiores acompanhados com restrições ao exercício de direitos pessoais nem forem afetados por perturbação mental notória no momento da perfilhação (art.º 1850º do CC) e pode fazer-se através de declaração prestada

⁹⁴ PIMENTA, José da Costa, Filiação, Livraria Petrony, 4ª Edição, 2001, p. 82

⁹⁵ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006, pp.92-94

⁹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 2, p. 134

⁹⁷ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006, p. 149

perante funcionário do registo civil, por testamento, por escritura pública ou por termo lavrado em juízo (art.º 1853º do CC).

O reconhecimento judicial da paternidade nasce na sequência de uma ação de investigação que tem como causa de pedir o vínculo biológico de progeneritura que, pretensamente, liga o réu ao filho. O investigador precisa de convencer o tribunal, podendo para esse efeito alegar e provar os fatos que achar relevantes, de o réu é progenitor do filho. Nesta ação o autor pode tentar provar o vínculo biológico ou pode beneficiar de uma presunção de paternidade.⁹⁸

Na presunção da paternidade a prova do vínculo biológico é atingida por um meio indireto, onde o autor alega e prova uns fatos, que podem ser conhecidos, caso a lei tire a ilação do vínculo biológico, ou fatos desconhecidos, com base numa ideia de probabilidade, e o tribunal considera provado um outro fato que é a responsabilidade do réu pela concepção do filho.⁹⁹

As presunções estão previstas no nº 1 do art.º 1871º do Código Civil e os fatos constitutivos têm que ver com a posse de estado, escrito do pai, convivência, sedução da mãe e relações sexuais. Todavia, a presunção é ilidível quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado, conforme o art.º 1871º, nº 2 do CC.

O tribunal caso esteja convencido da existência de um vínculo biológico entre o réu e o filho declara a relação de paternidade jurídica entre os dois.¹⁰⁰

Existem outros dois mecanismos que embora não sejam meios de estabelecimento da filiação, contribuem para que o princípio da verdade biológica seja respeitado, são eles a impugnação e a averiguação oficiosa que valem tanto para a maternidade quanto para a paternidade. A impugnação é uma ação que visa controlar a veracidade do estabelecimento da maternidade (art.º 1807º do CC) ou do estabelecimento da paternidade (arts. 1838º a 1846º do CC).¹⁰¹ E a averiguação oficiosa da maternidade tem lugar nas situações em que a maternidade (arts. 1808º a 1813º do CC) não foi mencionada no registo do nascimento e o funcionário remete ao tribunal a certidão integral do registo e cópia do auto de declarações,

⁹⁸ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, pp. 204 e 216

⁹⁹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, p. 224

¹⁰⁰ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, p. 238

¹⁰¹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, p. 68

devendo o tribunal proceder a todas as diligências necessárias para a identificação da mãe. Na averiguação oficiosa da paternidade (arts. 1864º a 1868º do CC), se for lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o funcionário remete ao tribunal certidão integral do registo para se averiguar a identificação do pai.

7.2. A Determinação da Parentalidade

O artigo 20º da lei 32/2006, na sua versão originária, tinha como epígrafe “determinação da paternidade”, Guilherme de Oliveira entende que a escolha da palavra “determinação” em vez de “estabelecimento”, por parte do legislador, teve como finalidade diferenciar o regime do Código Civil do regime da LPMA. Com a alteração introduzida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, a epígrafe do art.º 20º passou a ser “determinação da parentalidade”, porque houve uma introdução à possibilidade de estabelecimento da maternidade (dupla maternidade), e por isso, deixou de referir a presunção de paternidade prevista no art.º 1826º do CC.¹⁰²

No contexto da PMA, é necessário estabelecer-se um novo tipo de filiação, distinta da adotiva, mas que juntamente com esta formará a chamada “filiação jurídica”, que se funda na posse de estado, na convivência afetiva ou no desejo, e que se contrapõe à “filiação biológica”.¹⁰³

Na PMA é necessário distinguir os diferentes laços de filiação: a filiação biológica que é determinada pelos gâmetas, a filiação fisiológica que corresponde à mãe de substituição meramente gestacional, a filiação social que deriva de uma ligação reconhecida pela sociedade, em virtude do convívio com a criança e a criação de laços afetivos com a mesma, embora não exista nenhum vínculo genético ou fisiológico, e a filiação contratual que é materializada num contrato, e em última instância fundada no desejo de ter um filho mesmo contra as adversidades biológicas. Perante o caso concreto, o critério do melhor interesse da criança é que deve servir de base para a escolha do tipo de filiação predominante, embora o conteúdo do critério, na prática, seja difícil de definir.¹⁰⁴

¹⁰² OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 235

¹⁰³ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 2, p. 132

¹⁰⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade..., Vol. 2, p. 133

7.2.1. A Maternidade

A maternidade é estabelecida, regra geral, de acordo com o artigo 1796º, nº1 do CC, que nos diz que a mãe é a mulher que tem o parto. Nos casos em que se recorre à inseminação artificial ou à fertilização *in vitro* independentemente da proveniência do sémen, ou seja, quer provenha do cônjuge/unido de facto ou de um dador, a mulher que tem o parto é que é a mãe jurídica. Nas situações em que o óvulo é de uma dadora, a mãe jurídica será quem gerou o embrião.¹⁰⁵

Todavia, com as recentes alterações nomeadamente o alargamento de beneficiário e a admissão da gestação de substituição, a norma passou a ter exceções como vamos ver mais à frente.

7.2.1.1.A Maternidade nos Casais Homossexuais de Mulheres

Uma das exceções do estabelecimento da maternidade tem que ver com a maternidade baseada na vontade prevista no artigo 20º, nº 1 da LPMA. Isto acontece quando um casal homossexual de mulheres recorre a técnicas de PMA e delas resulta um nascimento. Nestes casos, a mulher que teve o parto pode registar a maternidade biológica normal, e a mulher que seja cônjuge ou viva em união de facto com a mãe biológica assume o estatuto jurídico de mãe ao registar uma maternidade fundada no consentimento para a utilização de técnicas de PMA dentro do par, e na vontade de assumir responsabilidades parentais sobre o filho biológico de outra mulher.¹⁰⁶

Esta alteração feita pela Lei nº17/2016, de 20 Junho, originou lacunas na lei, nomeadamente quanto ao registo civil, que não prevê a possibilidade do nome do filho ser composto por apelidos que pertençam às duas mães. Contudo, o Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e Notariado já se pronunciou sobre a questão admitindo a possibilidade de uma interpretação atualista do art.º 1876º do CC, no sentido em que o menor poderá utilizar os apelidos do cônjuge da mãe independentemente do sexo.¹⁰⁷

Guilherme de Oliveira entende que seja preferível aplicar diretamente as normas sobre a composição do nome, que admitam o uso dos apelidos do pai e/ou mãe (art.º 1875,

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p.239

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p.240

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p.241

n.º1 do CC) ou, genericamente, “dos pais” (art.º 103º, n.º 2, al. e)) de forma a alargar a categoria dos “pais” de modo abranger a segunda mãe e salvaguardar os casos em que as mães são unidas de facto.¹⁰⁸

Na Holanda e na Dinamarca, a “segunda mãe” pode obter o estatuto de mãe legal automaticamente se estiver numa relação formal com a progenitora e se o dador for desconhecido. Em alternativa, a “segunda mãe” obtém o estatuto de mãe legal, na Holanda, através do reconhecimento do consentimento da mãe que dá à luz, e na Dinamarca, através de um procedimento simples de registo. Se os requisitos não estiverem todos preenchidos, a “segunda mãe” só poderá ser considerada mãe legal através da adoção.¹⁰⁹

7.2.1.2. A Apelidada Mãe Só

Nas situações em que uma mulher não viva em casal hétero ou homossexual recorrer às técnicas de PMA, a maternidade resulta do parto, é levada ao registo civil, mas como estamos perante de uma caso de mãe só, e não há paternidade para registar, porque o dador não pode ter o estatuto de pai (art.º 21º LPMA), não tem sentido que o conservador promova uma averiguação oficiosa da paternidade (art.º 20º, n.º 3 da LPMA).¹¹⁰

A Lei 17/2016, de 20 de Junho que introduz no ordenamento jurídico português o acesso a todas as mulheres às técnicas de PMA, promove uma existência de duas classes de pessoas, visto que passa a ser possível novamente ser-se “filho de pai anónimo”, de um lado estão as pessoas concebidas através de meios naturais que têm o direito de investigação da paternidade e beneficiam da averiguação oficiosa da paternidade, do outro lado estão os filhos nascidos através de técnicas de PMA, que não gozam desses direitos de filiação, e que, por isso não têm como não poderão ter um pai, assim como família paterna.¹¹¹

Existem dois tipos de mães sozinhas. O tipo mais antigo, que surge de uma situação que se lamenta e não se deseja, a morte ou o desaparecimento do pai biológico. E o tipo mais recente, onde a mulher planeia concretizar o seu projeto parental através de PMA sozinha.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 242

¹⁰⁹ BOER, Christina G. Jeppensen, KRONBORG, Annette, The Incorporation of Intencional Parentage by Female Same-Sex Couples into National Parentage Laws, European Jornal of Law Reform, vol. 17, ano 2, Eleven Internacional Publishing, 2017, pp. 244-245

¹¹⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 252

¹¹¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, Filhos de Pai Anónimo no Século XXI! In Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, FDUP, Porto, 2017, p. 53

As crianças educadas por mães só (biológicas ou adotivas) sempre existiram, sendo que, as respetivas mães sempre demonstraram ter excelentes competências para as educar e as fazer feliz e saudável afetivamente. Do ponto de vista ético, alguns não veem quaisquer diferenças, outros entendem que a pragmática indistinção entre um caso e o outro se traduz numa visível diminuição e erosão da sensibilidade ética.¹¹²

7.2.1.3. A Maternidade nos Casos de Gestação de Substituição

Na gestação de substituição, podemos ver a segunda exceção à regra geral do estabelecimento da maternidade, pois o papel de mãe jurídica caberá à beneficiária, ou seja, à mulher que não pode gerar e por isso recorre ao serviço de gestação gratuito proporcionado por outra mulher.¹¹³

Se a regra geral fosse aplicada, a mulher que teria o parto é que seria a mãe, e a beneficiária apenas poderia obter o estatuto de mãe jurídica se acordasse com a gestante adotar o recém-nascido. Contudo, haveria a dificuldade de vencer as normas que tendem a afastar a “adoção consensual” ou intuito personae para sujeitar o processo ao encontro impessoal entre a lista nacional de candidatados e a lista nacional de adotandos.¹¹⁴

Os contratos de gestação de substituição vieram demonstrar que a tarefa de dar à luz um filho e de o educar podem não caber à mesma pessoa. Neste sentido, a figura “mãe” deixa de existir como um todo e acaba por ser segmentada. Existem as mães genéticas ou biológicas que apenas fornecem os óvulos, as mães geradoras que apenas, como o nome indica, geram a criança, e as mães sociais ou legais que criam e educam a criança. Desta forma, assistimos a uma derrogação da figura maternal que pode contribuir para a libertação da mulher na sociedade atual.¹¹⁵

¹¹² SILVA, Miguel Oliveira da, Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um Olhar Bioético In Colóquio Internacional 22-junho- 2018, coord. Maria João Antunes e Margarida Silvestre, p. 49

¹¹³ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 243

¹¹⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, p. 243

¹¹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, De Mãe para Mãe, Coimbra Editora, 2005, pp. 34-35

Nos Estados Unidos da América, mais concretamente nos estados em que a gestação de substituição é permitida e regulada¹¹⁶, a parentalidade é estabelecida de dois modos, consoante se trate de uma gestação de substituição gestacional ou de uma gestação de substituição genética.

Nos casos de gestação de substituição gestacional, regra geral, os beneficiários são, por força da lei, considerados pais da criança.¹¹⁷

Nas situações de gestação de substituição genética, se a gestante não quebrar o contrato, a determinação da parentalidade faz-se através de uma ordem judicial (“court order”), após prova em que houve uma ordem judicial que validou o contrato, que declara que os beneficiários são os pais legais da criança nascida através de uma técnica de PMA e que os direitos e deveres parentais lhes pertencem, declara também que a gestante e o cônjuge ou ex-cônjuge não são os pais da criança. O certificado de nascimento deverá ser delineado de acordo com a lei do estado aplicável, para além da UPA, e indicar a agência que providenciou e acompanhou o processo.¹¹⁸

No Reino Unido, a criança nascida é tida com filha da gestante de substituição e do seu cônjuge ou unido de facto, se for o caso. Para que a parentalidade legal seja transferida para os beneficiários será necessário que este recorram a uma “*parental order*” ou à adoção. Se não houver entendimento acerca de quem são os pais legais da criança, o tribunal irá decidir de acordo com o superior interesse da criança.¹¹⁹

Para solicitar a ordem de parentalidade é necessário estarem preenchidos 3 requisitos: a relação genética com a criança, ou seja, que os espermatozoides ou os ovócitos tenham sido doados; que a criança esteja a viver com a pessoa ou casal que solicitou a ordem de parentalidade; que a residência permanente seja no Reino Unido, nas Ilhas do Canal ou na Ilha do Homem. A ordem de parentalidade deve ser pedida no prazo de seis meses após o nascimento da criança.¹²⁰

¹¹⁶ Alabama, Arkansas, Califórnia, Connecticut, Delaware, Flórida, Illinois, Kansas, Maine, Missouri, New Hampshire, Nevada, Oregon, Rhode Island, Pennsylvania, Texas e Washington D.C. são os estados considerados “*surrogate-friendly*”. (www.surrogate.com – consultado em: 04/12/2019)

¹¹⁷ Section 809 a) da Uniform Parentage Act (2017)

¹¹⁸ Section 815 da Uniform Parentage Act (2017)

¹¹⁹ <https://www.gov.uk/legal-rights-when-using-surrogates-and-donors> (consultado em: 04/12/2019)

¹²⁰ <https://www.gov.uk/legal-rights-when-using-surrogates-and-donors/become-the-childs-legal-parent> (consultado em: 04/12/2019)

Um dos casos mais emblemáticos sobre a gestação de substituição aconteceu nos Estados Unidos da América nos finais dos anos 80 e fez com que vários Estados reavaliassem as suas leis sobre gestação de substituição.

No caso Baby M, um casal decide recorrer à gestação de substituição para ter um filho, pois a mulher sofria de esclerose múltipla, o que os impedia de gerar um filho biológico. Assim, celebraram o contrato com a gestante onde se comprometeram a pagar \$10,000. Após o nascimento da criança, a gestante recusou entregar a criança aos beneficiários. Consequentemente, essa ação originou uma batalha pela custódia entre a gestante e os beneficiários. O tribunal de Nova Jérсия veio declarar que o contrato de gestação de substituição era inexecutível e contrário à ordem pública. Ignorando o objetivo original das partes e do seu acordo, atribuiu à gestante de substituição o estatuto de mãe jurídica da criança, com base no superior interesse da criança.¹²¹

7.3. A Paternidade

Nos casos de procriação medicamente assistida, para que a paternidade seja estabelecida, é necessário que haja uma manifestação de vontade expressa, que como vimos anteriormente, se chama consentimento.

O n.º 1 do art.º 20º da LPMA prevê que é considerado pai aquele que esteja casado ou unido de facto com a beneficiária e que tenha consentido no recurso às técnicas de PMA de onde resultou a criança.

Aqui não basta a presunção prevista no art.º 1826º do CC, porque somente na procriação medicamente assistida homologa o pai e a criança estão vinculados geneticamente. Na procriação medicamente assistida heteróloga, o vínculo entre o beneficiário e a criança será meramente jurídico, visto que, o material genético pertence a um dador, que embora detenha um vínculo biológico com a criança, não pode ser havido como pai conforme o art.º 21º da LPMA.

¹²¹ QUINN, Devon, Her Belly, Their Baby: A Contract Solution For Surrogacy Agreements in *Journal of Law and Policy*, 2018, pp. 816-817

7.3.1. A Impugnação da Paternidade: o Artigo 1839º/3 do Código Civil

O nº 3 do artigo 1839º do Código Civil constitui uma exceção ao critério biológico do estabelecimento da filiação, pois o cônjuge que consentiu na inseminação artificial da mulher fica proibido de exercer o direito de impugnar a paternidade do marido, ou seja, o marido é forçado a manter o estatuto de pai sem ser o progenitor do filho.¹²²

Esta norma surge com a Reforma de 1977, sendo a primeira a regular a utilização de uma técnica de procriação medicamente assistida no ordenamento jurídico português, e teve inspiração no artigo 256º, nº3 do Código Civil Suíço.¹²³

Para Guilherme de Oliveira, o fundamento da limitação do direito de impugnar encontra-se na atitude emocional e intelectual dos cônjuges perante a fecundação por facto de terceiro, ou seja, na adesão voluntária a um estatuto familiar, na investidura social e familiar do marido no lugar do pai, embora reconheça que a justificação de agir por abuso de direito satisfaça as intenções do legislador e preste serviços nos tribunais quando for oportuno.¹²⁴

Sendo assim, quando cônjuge que consentiu no recurso a inseminação artificial pretende impugnar a paternidade, não vai apenas voltar com a sua palavra atrás, mas sim negar a paternidade a que aderiu.¹²⁵

Embora, o legislador tenha apenas contemplado a inseminação artificial na norma, a mesma deve-se estender às restantes técnicas de procriação medicamente assistida conforme os artigos 27º e 47º da LPMA.¹²⁶

O nº 4 do art.º 20º da LPMA prevê que seja possível o estabelecimento da parentalidade ser impugnado se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

¹²² OLIVEIRA, Guilherme de, Critério Jurídico da Paternidade, Coimbra, Almedina, 1998, p.335

¹²³ OLIVEIRA, Guilherme de, Critério Jurídico da Paternidade, p.351

¹²⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, Critério Jurídico da Paternidade, pp.352 e 358

¹²⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, Critério Jurídico da Paternidade, p. 358

¹²⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, Petrony Editora, 1ª edição, 2019, p.250

7.4. A Inseminação *Post Mortem*

A mulher que for inseminada, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, com sémen do falecido, mesmo que este tenha consentido, está a praticar um ato ilícito, conforme o nº1 do art.º 22º da LPMA.

Nestas situações, de acordo com o nº 1 do art.º 22º da LPMA, se da gravidez da mulher inseminada resultar uma criança, essa é havida como filha do falecido. Todavia, se à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, dê o seu consentimento para o ato, aplica-se o art.º 1839º, nº 3 do Código Civil que prevê que não é permitida impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu. (art.º 23º, nº 3 da LPMA).

Já a transferência *post mortem* do embrião, é lícita e não se deve confundir com a inseminação *post mortem*¹²⁷, se a permissão da realização de um projeto parental for claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão, como previsto no nº 3 do art.º 22 da LPMA. Neste caso, a parentalidade segue as regras previstas no art.º 20 da LPMA.

Durante muitos anos, a inseminação *post mortem* era rejeitada pacificamente com o fundamento no desconforto de se fazer nascer uma criança sem pai. Só que, recentemente, o que era certo passou a problematizar-se devido à banalização das famílias monoparentais justificadas pelo grande aumento das taxas de divórcio. Atualmente, já há países que a aceitam desde que tenha havido consentimento do falecido. Guilherme de Oliveira entende que depois da reforma de 2016, que veio admitir o acesso das mulheres à PMA sem reservas, a proibição da inseminação *post mortem* perdeu o sentido.¹²⁸

8. Breve Referência à Problemática do Turismo Reprodutivo

O turismo médico tem-se difundido especialmente na área da procriação medicamente assistida, pois as pessoas procuram fugir das leis que proíbem determinadas situações, tais como, a proibição de homens sós ou em casais homossexuais recorrerem à

¹²⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da Filiação, p.252

¹²⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da Filiação, p.251

PMA, os casais heterossexuais só poderem recorrer à PMA em caso de infertilidade ou doença, e procuram países com legislações mais liberais para que possam concretizar o seu projeto parental.¹²⁹

O estabelecimento da filiação coloca alguns problemas, em casos em que a gestação de substituição é permitida no país onde é realizada, pois normalmente a filiação estabelecida por efeito de lei ou decisão judicial no país onde se concretizou o tratamento nem sempre é reconhecida no país de origem da pessoa ou casal.¹³⁰

As soluções apresentadas pelos tribunais divergem de país para país e tendem a seguir ou uma linha mais liberal, onde o que pesa mais na decisão é o superior interesse da criança, mesmo que contrarie manifestamente a lei, como é o caso do Reino Unido, ou uma linha mais rígida onde o estabelecimento da filiação não é admitido entre os beneficiários e a criança no momento do nascimento, como se sucede em França e no Japão.¹³¹

Quando a filiação entre crianças e beneficiários se estabelece no país onde decorreu o processo de PMA, podem surgir dois problemas, o primeiro prende-se com a dificuldade de levar as crianças para o país de origem dos beneficiários, devido à ausência de documento de viagem, em virtude do nascimento em países cuja nacionalidade não se adquire de acordo com o seu local de nascimento. O segundo problema tem que ver com a dificuldade em ter reconhecida no país de origem dos beneficiários a filiação determinada no país onde a gestação de substituição ocorreu.¹³²

Os tribunais franceses e japoneses atribuíram o estatuto de mãe à gestante, não tendo em conta o superior interesse da criança. Contudo, posteriormente os tribunais japoneses reconhecem a possibilidade de adoção da criança pelos beneficiários, e os tribunais franceses mantêm a sua decisão de rejeitar o estabelecimento de filiação quer por adoção, reconhecimento ou posse de estado, o que nos leva a concluir que em termos de coerência o Japão é inconsistente e a França é consistente.¹³³

¹²⁹ Alcantara, Marcelo de, *Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem Fronteiras?* In *Lex Medicinæ*, Ano 8, nº 16, 2011, p. 99

¹³⁰ Alcantara, Marcelo de, *Maternidade de Substituição no Estrangeiro...*, p. 99

¹³¹ Alcantara, Marcelo de, *Maternidade de Substituição no Estrangeiro...*, p.103

¹³² Alcantara, Marcelo de, *Maternidade de Substituição no Estrangeiro...*, p.103

¹³³ Alcantara, Marcelo de, *Maternidade de Substituição no Estrangeiro...*, pp. 103-104

Os tribunais ingleses embora interpretem a lei que proíbe a gestação de substituição comercial de forma flexível, tendo em conta o superior interesse da criança, trazem uma certa instabilidade e insegurança devido ao grau de discricionariedade.¹³⁴

Questiona-se se a criação de uma convenção internacional que venha uniformizar as regras do estabelecimento da filiação na gestação de substituição não será a solução para estes problemas, para que a ordem pública não seja contrariada.¹³⁵

Em Portugal, de acordo com o parecer do Instituto de Registos e Notariado, “Os contratos de gestação de substituição validamente celebrados no estrangeiro produzem efeitos em Portugal, no âmbito do estabelecimento da parentalidade no respetivo registo de nascimento, desde que respeitem os princípios estruturantes que presidem à admissibilidade da gestação de substituição no território nacional – artigos 41º e 22º do Código Civil e 8º da Lei nº 32/2006.”¹³⁶

O IRN rejeita a doutrina que defende que a filiação nos contratos nulos, celebrados no estrangeiro, fosse estabelecida relativamente aos pais intencionais, com fundamento no princípio do superior interesse da criança, consagrado no artigo 3º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Criança, sob pena de ameaça ao princípio da igualdade.¹³⁷

Assim sendo, se o contrato não respeitar os requisitos da lei portuguesa, a mãe jurídica será a gestante, e a mulher que recorreu à gestação de substituição só poderá pretender adotar a criança que é filha biológica do marido.¹³⁸

No caso *Paradiso et Campanelli C. Italie*¹³⁹, um casal de nacionalidade italiana decide recorrer à gestação de substituição, após lhe ser reconhecida a impossibilidade de procriar, e as autoridades italianas não o consideram idóneo para aceder à adoção internacional, pois este acesso para adotar crianças muito pequenas, apenas é acessível a casais mais jovens de acordo com o entendimento legislativo italiano. O casal decidiu realizar o procedimento de gestação de substituição na Rússia, mas concretamente em Moscovo, por esta ser proibida na Itália. Em 19 de Maio de 2010, ocorrida uma fecundação *in vitro*, implantaram-se dois embriões, alegadamente obtidos a partir do fluído seminal de

¹³⁴ Alcantara, Marcelo de, *Maternidade de Substituição no Estrangeiro...*, p.103

¹³⁵ Alcantara, Marcelo de, *Maternidade de Substituição no Estrangeiro...*, p.105

¹³⁶ Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado N° 44/CC/2018 de 23-03-2018, p. 12

¹³⁷ Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado N° 44/CC/2018 de 23-03-2018, p.9

¹³⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, p. 247

¹³⁹ Pode ser consultado na íntegra em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>

Giovanni Campanelli (que haviam sido transportados ilegalmente, de acordo com a lei italiana, pela sua cónjuge *Donatina Paradiso*) e de doadora anónima, no útero de uma gestante russa. Conclui-se, que não houve nenhuma ligação genética, por parte da gestante, com o material implantado. A criança de sexo masculino acabou por nascer no dia 27 de fevereiro de 2011, e no mesmo dia, a gestante renunciou à criança. A 10 de Março de 2011, a criança foi registada, de acordo com a lei russa, constando *Paradiso* e *Campanelli* como seus pais. A certidão de nascimento foi autenticada de acordo com a Convenção de Haia, contudo omitiu o recurso à gestação de substituição.

Após a chegada da senhora *Paradiso* e Teodoro (criança), o consulado italiano em Moscovo comunicou às autoridades italianas que a certidão de nascimento de Teodoro continha informações falsas, pois a criança havia nascido em virtude de gestação de substituição. Assim, o casal foi alvo de ação penal pelos crimes de alteração do estado civil, de falsas declarações e de violação do art.º 72º da lei italiana sobre adoção.

O Tribunal de Menores de *Campobasso* decidiu retirar a criança ao casal com fundamento na criança se encontrar desprovida de ambiente familiar, nos termos da lei de adoção internacional.

O facto de a criança haver nascido de pais biológicos desconhecidos, uma vez que os testes de ADN realizados não identificavam *Giovanni Campanelli* como seu pai, a gestante haver renunciado à criança que dera à luz e os comportamentos contrários à lei praticados pelo casal foram considerado na decisão do Tribunal.

O Tribunal afirmava que se verificava no caso um desejo narcisista do casal, que acima de tudo pretendia resolver problemas pessoais através da obtenção da criança, desejo esse que representava a contraimagem de um propósito saudável, altruísta, de cuidar de uma criança e de a educar.

Teodoro foi considerado em “estado de abandono” e integrado numa casa de acolhimento com o intuito de ser adotado.

No dia 27 de abril de 2013, *Paradiso* e *Campanelli* recorreram, em seu nome e em nome de Teodoro, para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos termos do art.º 34º da CEDH, invocando o art.º 8º da CEDH.

O TEDH na sua decisão reconheceu a violação do art.º 8º da CEDH pelo Estado italiano, por não se encontrarem reunidos os pressupostos para a ingerência por autoridade pública no exercício deste direito, e porque houvera vida familiar entre o casal e a criança

nascida na Rússia. Reconheceu também que não havia, por parte das autoridades italianas, obrigação de entrega da criança ao casal comitente da maternidade sub-rogada, uma vez que a criança encontrara um ambiente familiar apropriado e impôs ao Estado italiano a obrigação de indenizar *Paradiso e Campanelli* pelos danos morais sofridos em razão da violação do seu direito à vida familiar, pois o TEDH reconheceu a existência de vida familiar, apesar da inexistência de ligação biológica entre a criança e os cuidadores.

O Estado italiano recorreu da decisão para o tribunal pleno.

Na sentença proferida pelo tribunal pleno, este considera que o art.º 8º da CEDH não reconhece o desejo de fundar uma família, mas sim, a existência de uma família constituída. Sublinha que os tribunais italianos reconheceram implicitamente o exercício de responsabilidades parentais dos *Campanelli* face à criança, pois é a única explicação para o seu pedido de suspensão. Conclui que a recusa de vida familiar teve três motivos: a ausência de laços biológicos, a curta duração da coabitação entre o casal e a criança e o carácter ilícito dos fundamentos dessa mesma coabitação.

Entende que a vida familiar é uma noção ampla, e que por isso não deve ser motivo para denegar a sua aplicação a um casal que desenvolve laços afetivos profundos com uma criança.

Tendo havido ingerência na vida privada e não rejeitando que estão em causa aspetos tão sensíveis como a adoção, a guarda da criança e a gestão de substituição, conclui que os Estados Membros gozam de apreciação ampla nesta matéria. No momento de decidir sobre o direito do casal ao seu desenvolvimento pessoal com a criança e através dela, o tribunal pleno tem em conta o interesse público e de proteção de pessoas que o Estado italiano prossegue ao proibir a gestão de substituição e a conclusão judicial italiana de que a separação da criança e a sua institucionalização não representariam um prejuízo lesivo do seu superior interesse, que a ausência de dano grave para a criança justificava a separação e assim se afasta a violação do direito à vida privada pelo Estado italiano.¹⁴⁰

Para o TEDH é necessário que haja uma ligação biológica, entre a criança que nasce através de PMA e a pelo menos um dos beneficiários, para que possa haver reconhecimento de vida familiar e se estabelecer a filiação. A prova disso é que nos casos *Menesson c. France* e *Labassee c. France* a vida familiar não foi questionada, pois as crianças tinham

¹⁴⁰ Sobre súmula do caso: PEREIRA, Maria Margarida Silva, O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição in *Julgar*, nº 32, 2017, pp.266-271

material genético de um dos membros do casal e a mãe biológica não coincidia com a mãe jurídica.¹⁴¹

¹⁴¹ PEREIRA, Maria Margarida Silva, O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição in *Julgar*, n° 32, 2017, pp. 273-274

Conclusão

O princípio da verdade biológica que o regime do código civil respeita, não se aplica na procriação medicamente heteróloga e na gestação de substituição, pois nestas situações a verdade biológica não coincide com a verdade jurídica, mas sim com a vontade em desenvolver um projeto parental. Essa vontade vai ser expressa através de consentimento que deve ser livre, esclarecido e prestado de forma expressa perante o médico responsável.

A possibilidade de mulheres sós recorrem à PMA traz o regresso do problema de filho de pai anónimo, contudo neste caso não será porque o pai não quis assumir o filho, mas sim, porque o material genético utilizado no processo será de um dador, cuja identidade só será revelada ao filho quando for maior de 18 anos ou quando haja uma sentença judicial.

A revogação do consentimento na gestação de substituição foi declarada inconstitucional por restringir excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, por isso o legislador deve alterar este preceito tendo em conta as indicações do Tribunal Constitucional.

No turismo médico reprodutivo, as pessoas deslocam-se para outro país para concretizar o seu projeto parental. O problema é no seu país de origem o ato por elas praticados são muitas vezes ilícitos. As soluções adotadas pelos diversos países divergem, ora são flexíveis e atendem ao superior interesse da criança e atribuem a parentalidade, ora são rígidas e seguem a lei.

Concluindo, a lei portuguesa tem acompanhado as mudanças na sociedade e tem seguido a tendência dos ordenamentos jurídicos mais desenvolvidos a nível de legislação sobre PMA, são exemplo o alargamento de beneficiários, a aprovação da gestação de substituição e o fim do anonimato dos dadores. Contudo, a procriação medicamente assistida deve ser regulada com cuidado sob pena de serem violados direitos fundamentais.

Bibliografia

ALCANTARA, Marcelo de, Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem Fronteiras? In *Lex Medicinæ*, Ano 8, nº 16, 2011

ANNAS, George J., Redefining Parenthood and Protecting Embryos: Why We Need New Laws in What Price Parenthood? *Ethics and Assisted Reproduction*, The Hastings Center, 1992

BARBOSA, Mafalda Miranda, Entre a Instrumentalização da Mulher e a Coisificação do Filho: Questões Ético-Jurídicas em torno da Maternidade de Substituição, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCIV, Tomo I, Coimbra, 2018

BOER, Christina G. Jeppensen e KRONBORG, Annette, The Incorporation of Intencional Parentage by Female Same-sex Couples into National Parentage Laws, *European Journal of Law Reform*, vol. 17, ano 2, Eleven Internacional Publishing

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, A Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, Curso de Direito da Família, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006

COSTA, Marta e SILVA, Paula Martinho, A Lei da Procriação Assistida Anotada, 1º Edição, Coimbra Editora, 2011

GONÇALVES, Patrícia, Consentimento (Desinformado) na PMA Heteróloga, in *Lex Medicinæ*, Ano 8, nº 15, Coimbra Editora, 2011

GUIMARÃES, Maria Raquel, “Subitamente no Verão Passado”: A Contratualização da Gestaçãõ Humana e os Problemas Relativos ao Consentimento in *Debatendo a Procriaçãõ Medicamente Assistida*, FDUP, Porto, 2017

LANÇA, Hugo Cunha, Procriaçãõ Medicamente Assistida in *Data Venia: Revista Jurídica Digital*, Ano 4, Nº 06, Novembro de 2016 (pode ser consultado em: www.datavenia.pt)

MOÁS, Luciane da Costa, CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela, Filiação e Tecnologias de Reproduçãõ Assistida: entre medicina e direito in *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 20 [2], 2010

NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira, Debatendo a Procriaçãõ Medicamente Assistida, FDUP, Porto, 2017

- OLIVEIRA, Guilherme de, Mãe há só uma (duas), Coimbra Editora, 1992
- OLIVEIRA, Guilherme de, Critério Jurídico da Paternidade, Coimbra, Almedina, 1998
- OLIVEIRA, Guilherme de, Critérios jurídicos da parentalidade in Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação, Petrony Editora, 1ª edição, 2019
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, Filhos de Pai Anónimo no Século XXI! In Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, FDUP, Porto, 2017
- PEREIRA, Maria Margarida Silva, O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição in Julgar, nº 32, 2017
- PIMENTA, José da Costa, Filiação, Livraria Petrony, 4ª Edição, 2001
- PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 6ª edição, AAFDL, 2018
- QUINN, Devon, Her Belly, Their Baby: A Contract Solution For Surrogacy Agreements in Journal of Law and Policy, 2018
- RAPOSO, Vera Lúcia, De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição, Coimbra Editora, 2005
- RAPOSO, Vera Lúcia, Direitos Reprodutivos in Lex Medicinæ, Ano 2, nº 3, Coimbra Editora, 2005
- RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*, Vol. 1, 2012
- RAPOSO, Vera Lúcia, O Direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*, Vol. 2, 2012
- RAPOSO, Vera Lúcia, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder) in Revista do Ministério Público nº 149, Ano 38, Janeiro-Março, 2017

RAPOSO, Vera Lúcia, “Dá-me licença que tenha filhos?”: restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida, Revista Direito GV, V.15, N.2, 2019

REIS, Rafael Vale e, O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, Coimbra Editora, 2008

REIS, Rafael Vale e, Alterações Recentes no Direito da Família: três exemplos in Parentalidade e Filiação, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Lisboa, 2018. (Pode ser consultado em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_civil.php)

SILVA, Miguel Oliveira da, Que Futuro para a Gestaçã de Substituiçã em Portugal? Um Olhar Bioético In Colóquio Internacional 22-junho- 2018, coord. Maria João Antunes e Margarida Silvestre, 2018

Pareceres e Acórdãos

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018 de 7 de Maio

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019 de 18 de Outubro

Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4.^a

Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado Nº 44/CC/2018 de 23-03-2018

Parecer 63/CNECV/2012

Parecer do CNPMA relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentaçã da lei nº 17/2016, de 20 de junho, 10 de Novembro de 2016

Parecer 87/CNECV/2016

Parecer 104/CNECV/2019

Legislaçã

Constituiçã da Repúblic Portuguesa

Código Civil Portuguê

Lei nº 32/2006 de 26 de julho

Uniform Parentage Act (2017)

Webgrafia

<Http://www.cnpma.org.pt/>

www.surrogate.com - consultado em: 04/12/2019

www.uniformlaws.org - consultado em: 04/12/2019

www.gov.uk

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=PRT&Lang=EN (consultado em: 8/12/2019)

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (consultado em: 8/12/2019)