



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

MAN MAN CHAN

ESTUDO JURÍDICO SOBRE MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

LEGAL STUDY OF SURROGACY

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito,
na Área de Especialização em Ciência Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil,
orientada pelo Professor Doutor Paulo Cardoso Correia Mota Pinto,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Coimbra, 2020

Agradecimentos

Ao meu avô no paraíso, pelo encorajamento que me deu em avançar no meu percurso acadêmico.

Aos meus pais, por todo o apoio, amor incondicional e pela compreensão ao longo dos anos.

À minha irmãzinha, pelo carinho e também pelas discussões.

Ao Edgar, pela motivação permanente e paciência que sempre teve comigo.

Aos meus colegas, pela companhia e ajuda nos momentos em que mais precisei.

Aos meus amigos, por sempre terem mantido a confiança em mim desde o início até agora.

À Sandra e à Lara, pelos auxílios, sugestões, correções e motivações.

À Sra. Dra. Susana Chou, por todo o apoio altruísta que me deu, não apenas a título financeiro, mas sobretudo afetivo, e também pelos ensinamentos de vida, sem os quais nada disto teria sido possível.

Ao Professor Doutor Paulo Mota Pinto, orientador da minha dissertação, por todos os ensinamentos, a sabedoria partilhada e a disponibilidade ao longo da elaboração do trabalho.

Resumo

Graças à evolução da ciência, a questão da esterilidade apresenta-se cada vez menos como um problema, especialmente quando se encontram soluções como a da maternidade de substituição. Todavia, esta temática tem sido constantemente objeto de debate a nível nacional bem como internacional. Por um lado, a prática dessa maternidade desperta a esperança em todos aqueles que têm dificuldades em procriar, gerar filhos. Por outro lado, o contrato inerente a este tipo de maternidade conduz a uma série de questões delicadas, em termos jurídicos e éticos, merecedor de uma investigação profunda.

Na Europa, há poucos países suficientemente abertos a esta prática e que permitem a celebração do contrato de maternidade de substituição, todavia, é de louvar dizer que Portugal é um dos países que aceita esta prática. Embora certas normas da Lei da gestação de substituição tenham sido proferidas recentemente inconstitucionais por dois acórdãos, entendemos que isso não fará recuar o progresso já feito neste caminho, não se vislumbrando um regresso à proibição dessa prática. Ao invés, as decisões do tribunal mencionam determinadas diretrizes, pelo que pensando nas questões levantadas pelo TC, será possível viabilizar o modelo português de gestação de substituição e estipular o regime jurídico que melhor se adapta à figura da maternidade de substituição.

A nosso ver, o ponto fundamental para a admissibilidade da celebração do contrato de maternidade de substituição é a salvaguarda de direitos de todos os envolvidos. Com vista a equilibrar os interesses de todos, em particular os indivíduos mais vulneráveis, a saber, a gestante e a criança que vier a nascer, o legislador deve regularizar de forma célere, plena e acautelar o respetivo regime jurídico. Por isso, ousamos contribuir com uma proposta no fim do nosso trabalho, defendendo e demonstrando a possibilidade de celebrar e exercer este contrato enquanto se acautelam os direitos de cada um dos envolvidos.

Abstract

Thanks to the evolution of science, the issue of sterility has become less of a problem, especially when solutions such as surrogacy have been developed. However, this matter has constantly been the subject of debate at national as well as international levels. On the one hand, the practice of surrogacy brings hope to those who have difficulties in procreating or, bearing children. On the other hand, this type of maternity arrangement has raised a number of sensitive issues, in legal and ethical terms, which warrants a thorough investigation.

In Europe, there are a few countries which are sufficiently open to this practice and allow surrogacy arrangements to take place, nevertheless, it is admirable to say that Portugal is one of these countries that accepts the practice of surrogacy. Although certain rules of the Act of Surrogacy have been recently pronounced unconstitutional by two judgments, we believe that this will not reverse the progress that has already been made on this pathway, nor will it revert surrogacy back to the prohibition phase. Instead, the decisions of the court provide certain guidelines, which allow us to consider issues raised by the constitutional court and facilitate the stipulation of a legal regime that makes the Portuguese model of surrogacy viable.

In our opinion, the fundamental point for the admissibility of surrogacy arrangements is to safeguard the rights of all individuals involved. In order to balance the interests of all parties, the most vulnerable individuals in particular, namely the surrogate and the future child, the legislator should regularize the respective legal regime speedily, fully and cautiously. Therefore, we dare to develop a proposal at the end of our work, which defends and demonstrates the possibility of engaging in and exercising surrogacy arrangements while protecting the rights of each individual involved.

Palavras-chave: contrato de maternidade de substituição, LPMA, inconstitucionalidade, filiação, superior interesse da criança, gestante, pais beneficiários

Keywords: surrogacy arrangement, Act of Surrogacy, unconstitutionality, filiation, best interest of the child, surrogate, commissioning parents

Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
AR	Assembleia da República
ART	Assisted Reproduction Technology
art.	artigo
arts.	artigos
BE	Bloco de Esquerda
CC	Código Civil
Cfr.	Confronte
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPMA	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
Coord.	Coordenador
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DR	Decreto-Lei
Eds.	Editores
EUA	Estados Unidos da América
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Act
LPMA	Lei de Procriação Medicamente Assistida
n.º	número
n.ºos	números
NYDRL	New York Domestic Relations Law
ob. cit.	obra citada

p.	página
PMA	Procriação Medicamente Assistida
PS	Partido Socialista
PSD	Partido Social Democrata
SAA	Surrogacy Arrangements Act
ss.	seguintes
TC	Tribunal Constitucional
v.	vide

Índice

Introdução	9
Capítulo I - A maternidade de substituição	13
1.1. Conceito	13
1.2. Formas de intervenção reprodutiva pela via da maternidade de substituição..	16
Capítulo II - Contrato de maternidade de substituição	17
2.1. A natureza jurídica	17
2.1.1. Contrato formal ou informal	21
2.1.2. Contrato oneroso ou gratuito	23
2.2. Intervenientes	28
2.2.1. Gestante	28
2.2.2. Beneficiários	29
2.2.3. Entidade reguladora - CNPMA.....	31
2.3. Direitos e deveres dos intervenientes.....	32
2.3.1. Direitos de casal beneficiário.....	32
2.3.2. Deveres de casal beneficiário	33
2.3.3. Direitos de gestante.....	33
2.3.4. Deveres da gestante	34
2.4. Incumprimento das condições contratuais	34
2.4.1. Incumprimento por parte dos pais beneficiários.....	35
2.4.2. Incumprimento por parte da gestante.....	36
Capítulo III - Direito comparado	46
3.1. Ordenamento jurídico permissivo.....	46
3.1.1. Reino Unido	46
3.1.2. Estados Unidos de América — Califórnia	50
3.1.3. Índia	54
3.2. Ordenamento jurídico proibitivo	57
3.2.1. Alemanha	57
3.2.2. Estados Unidos de América – Nova Iorque	59
3.2.3. China	62
Capítulo IV - Maternidade de substituição no ordenamento jurídico português	64
4.1. Anteprojetos da Lei n.º 32/2006	64

4.2.	Lei n.º 32/2006.....	66
4.3.	Antecedentes da Lei n.º 25/2016	67
4.4.	Lei n.º 25/2016.....	69
4.5.	Questões da inconstitucionalidade da LPMA — acórdão n.º 225/2018 do TC75	
4.5.1.	Suficiência e determinabilidade do regime jurídico da gestação de substituição	77
4.5.2.	Limites à livre revogabilidade do consentimento da gestante	78
4.5.3.	Regime da nulidade do contrato de maternidade de substituição	80
4.5.4.	Confidencialidade vs identificação dos participantes.....	81
4.6.	Questões da inconstitucionalidade da LPMA – Acórdão n.º 465/2019 do TC	84
Capítulo V – Procriação medicamente assistida e direitos fundamentais.....		86
5.1.	O respeito pela dignidade da pessoa humana da gestante	86
5.2.	O direito da criança a conhecer a sua identidade genética e verdade biológica	
	91	
Capítulo VI - Admissibilidade da maternidade de substituição.....		96
6.1.	Argumentos desfavoráveis.....	97
6.1.1.	Instrumentalização da criança.....	97
6.1.2.	Coisificação e exploração da mulher gestante	98
6.1.3.	Perturbação da instituição de família.....	99
6.1.4.	Desconformidade com critério geral do estabelecimento da filiação	100
6.2.	Argumentos favoráveis	102
6.2.1.	Autonomia privada	102
6.2.2.	Direitos sobre o próprio corpo	102
6.2.3.	Direito a constituir família.....	103
6.2.4.	Direito à vida	105
Capítulo VII - As nossas recomendações legislativas.....		105
Conclusão.....		109

Introdução

O presente trabalho é dedicado a analisar o regime da maternidade de substituição, previsto pela primeira vez na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, doravante designada por LPMA. Só, após dez anos volvidos, veio a reconhecer a celebração da gestação de substituição em Portugal, a título excecional, e com um conjunto dos requisitos estritos a serem cumpridos. Uma vez que a sua concretização assenta na celebração de um contrato, entre os pais beneficiários e a gestante, cumpre indagar a viabilidade deste contrato no âmbito do direito contratual. Segundo tal contrato, a gestante dá à luz uma criança em prol dos pais beneficiários, entregando-a a estes após o nascimento. No entanto, um contrato celebrado não impõe necessariamente que vá ser um contrato cumprido. Assim, em casos de incumprimento do contrato de maternidade de substituição, como se resolverá a questão primordial referente ao destino da criança que vier a nascer? Por sua vez, independentemente do resultado do contrato, e se é ou não consistente com a vontade inicial dos contraentes, estende-se esta questão à matéria do estabelecimento da filiação, desde o momento em que a criança nasce. Logo, será que nos deparamos com uma nova forma de constituir o vínculo familiar?

Sem sombra de dúvida, esta temática é uma questão muito sensível, envolvendo vários direitos fundamentais que rodeiam sujeitos jurídicos diferentes, designadamente o direito a constituir família por parte dos pais beneficiários, o direito ao arrependimento da mulher gestante e o direito à historicidade pessoal da criança que há-de nascer, originando múltiplos conflitos para a sociedade. É uma tarefa árdua tomar qualquer decisão, tanto jurídica como ética, a este respeito, pelo que não é difícil compreender que a possibilidade de celebração do contrato de maternidade de substituição está “suspensa” desde abril de 2018, em Portugal. Até este momento, ainda não havia a Lei de gestação de substituição ativa para consagrar tal

fenómeno. Em suma, será que se dá um retrocesso, onde qualquer celebração do contrato da maternidade de substituição será proibida e criminalizada?

Frise-se que na Europa apenas poucos países acolhem a figura da maternidade de substituição. Deste modo, a tentativa de aceitação da celebração deste contrato em Portugal constitui uma visão bastante aberta e moderna, em comparação com a maioria dos países europeus. Sendo assim, faremos uma análise relativa a esta regulação por parte do Reino Unido, partindo de um exemplo na Europa, que permite a maternidade de substituição, igualmente se abordará a posição da Califórnia e da Índia sobre esta matéria, e veremos exemplos da América e da Ásia respetivamente. Na mesma estrutura, salientam-se outros ordenamentos jurídicos que proíbem esta prática, entre os quais, a Alemanha, Nova Iorque e China, pertencentes, respetivamente, à Europa, América e Ásia.

Em qualquer sistema jurídico, é exigida uma grande reflexão, não só jurídica, mas também ética, uma vez que é de grande importância para a vida das pessoas, especialmente para aquelas que têm o desejo de constituir família e não o conseguem pelo método natural. Essa controvérsia incentiva-nos a efetuar uma investigação profunda sobre esta temática, de forma a procurar um caminho possível a nível jurídico, para quem não consegue obter uma próxima geração de parentesco por meio natural, tendo de recorrer ao plano científico. Acreditamos que é a lei que serve os seres humanos, logo o legislador deve escrever bem a lei, de tal modo que as pessoas possam exercer os seus direitos, ao vê-los consagrados na lei, no caso e em especial o direito a constituir família, mesmo para os que naturalmente não o conseguem.

Durante a preparação do presente trabalho foi necessário estudar os Decretos-Leis, as leis e as respetivas alterações, recorrendo a dois acórdãos nacionais recentes, o Ac. n.º 225/2018 e o Ac. n.º 465/2019, pelo que examinaremos os direitos dos intervenientes no que diz respeito à gravidez de substituição, principalmente a mulher gestante, o casal

beneficiário e o respetivo recém-nascido. Ademais, não nos limitaremos aos livros, artigos, revistas nacionais, mas incluiremos também algumas obras estrangeiras, de forma a enriquecer mais o nosso trabalho.

No início deste trabalho, apresentaremos, brevemente, o conceito jurídico de maternidade de substituição e as suas seis modalidades possíveis. Porém, é de assinalar que a Lei de gestação de substituição só permite a substituição gestacional. Observaremos, na segunda parte, a questão sobre a caracterização do contrato de maternidade de substituição, e como tal, abordaremos os direitos e deveres dos contraentes, ou seja, a gestante e os pais beneficiários, os casos de incumprimento contratual e as respetivas consequências, particularmente no âmbito do estabelecimento da filiação. Na terceira parte, observaremos vários ordenamentos jurídicos, tanto defensores como opositores da maternidade de substituição, com o objetivo de tirar valiosas lições, que nos concederão mais formas de lidar com o tema versado no nosso trabalho. Debruçar-nos-emos, na quarta parte, sobre a evolução da regulamentação da PMA no ordenamento jurídico português, dando conta da mudança legislativa, desde a Lei n.º 32/2006 que vedava a prática da maternidade de substituição até a Lei n.º 25/2016 que veio permitir a prática da gestação de substituição. Contudo, no acórdão n.º 225/2018, de 7 de maio, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de certas normas da Lei da gestação de substituição, e um pouco mais tarde, o TC veio reafirmar a sua posição no acórdão n.º 465/2019, de 18 de outubro. Esses arestos levam-nos a reconsiderar esta questão, sobretudo, reconsiderar se os direitos das pessoas mais vulneráveis nesta relação, a gestante e a criança assim que nasce, estarão realmente assegurados. Procuraremos averiguar se se deverá conferir o direito ao arrependimento da gestante e o direito da criança ao conhecimento da historicidade pessoal e verdade biológica sobre si mesma. Em seguida, procederemos à análise dos argumentos contra e a favor da celebração do contrato da maternidade de substituição. Na última parte do

trabalho, em virtude de não passar o teste da admissibilidade constitucional, abordaremos a falta de Lei válida que impede, por agora, a celebração do contrato de maternidade de substituição. Por este motivo, impõe-se a necessidade de uma nova Lei de gestação de substituição, e atrever-nos-emos a explicar as nossas humildes sugestões legislativas sobre a adaptação de maternidade de substituição ao respeitar todos os envolvidos nesse contrato.

Capítulo I - A maternidade de substituição

1.1. Conceito

De acordo com o padrão normalizado, uma mãe é uma mulher que gera a criança no seu ventre e que a dá à luz. Com o surgimento da realidade da maternidade de substituição, surge uma grandiosa mudança em relação a quem é efetivamente a mãe da criança que nasce com recurso a esta prática de procriação, já que são dissociados os conceitos de gravidez e de maternidade¹.

Na doutrina, percebe-se que a maternidade de substituição é um compromisso de onde emerge a obrigação de uma mulher gerar um filho no seu útero e entregá-lo a outrem depois do parto², o que implica a renúncia de todos os direitos sobre a criança e inclusive os seus direitos como mãe³, renunciando também a essa qualidade. Numa palavra, a figura da maternidade de substituição consiste na procriação para terceiro⁴.

Encontra-se no nosso ordenamento jurídico uma definição similar, nos termos do n.º 1 do art. 8.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis n.os 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, doravante LPMA), contempla-se a gestação de substituição, ou seja, a maternidade de substituição consiste num fenómeno quando “*a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos*

¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores”, in *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, MARIA JOÃO ANTUNES, MARGARIDA SILVESTRE (coord.), Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2018, p. 28.

² Em casos mais comuns, entrega-se a criança ao casal heterossexual, porém, também pode ser ao casal homossexual ou mesmo a uma pessoa por si só.

³ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas!)* (O contrato de Gestação), Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 9. RAPOSO, VERA LÚCIA – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005, p. 13. JORGE DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição”, in *Estudos de direito da bioética*, Vol. II, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (coord.), Almedina, Coimbra, 2008, p. 326.

⁴ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, José de Oliveira Ascensão (coord.), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, p. 104.

poderes e deveres próprios da maternidade”.

Assim, retira-se que a denominação jurídica adotada para a mulher que gera um filho por conta de outrem é a de gestante de substituição⁵. Todavia, a par disso, defronta-se com outros nomes diferentes, tais como “mãe de substituição”, “mãe hospedeira”, “mãe portadora” e “mãe de aluguer”⁶.

A maternidade de substituição, segundo a relação entre a gestante e a criança, pode ser dividida em dois tipos, genética ou gestacional⁷. No procedimento da fertilização do embrião, face à maternidade de substituição genética quando a gestante contribuir com o seu próprio óvulo, enquanto que na maternidade de substituição gestacional alguém que não é a gestante é que contribui com o óvulo⁸.

Cumprе salientar que, na nossa Lei, a maternidade de substituição apenas pode ser permitida através de recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos membros do casal beneficiário, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, contribuir com o próprio ovócito no procedimento⁹. Sendo assim, a maternidade de substituição que em princípio poderá vir a ser praticada em Portugal somente pode ser a de substituição gestacional, mas não a genética, nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro, estamos perante uma maternidade de substituição puramente gestacional¹⁰.

Nota digna de menção é a encontrada na primeira versão do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em que a denominação adotada era a “maternidade de substituição”, que se manteve até 2016, data em que foi alterada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto (Regula o acesso à gestação de substituição), e passou a designar-se de

⁵ Cfr. o n.º 3 do art. 8.º da LPMA.

⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas!)*, cit., p. 9; JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 323.

⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 30-31.

⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 327-328.

⁹ Cfr. o artigo 8.º, n.º 3 da LPMA.

¹⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 327-328. Sobre as figuras de substituição gestacional e substituição genética, v. VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 31-32.

“gestação de substituição”, previsto no n.º 1 do art. 8.º. Comparando os dois termos mencionados em relação ao conceito desta realidade, não é menos verdade que, quer seja o antigo quer seja o atualizado, ambos apontam para o mesmo facto — uma mulher, a título voluntário, dá à luz uma criança, entregando-a ao pedido de outrem. Embora o legislador tenha mudado a expressão utilizada *ab initio*, mantemos a inclinação presente no conceito da “maternidade de substituição”. De facto, entendemos que a nova adoção do conceito (gestação de substituição) pelo legislador é a mais rigorosa, na medida em que se concentra na ação de gestação e do parto em si mesma, sendo esta a que é substituída, mas não a mãe, pois mãe é só uma, ou seja, a mulher do casal que recorre à prática, *in casu* a maternidade de substituição. No entanto, essa rigidez, infelizmente, traz outros problemas. Primeiro, o facto de dar à luz tem conexão com o carater de natureza de maternidade, e neste concreto caso, é a mãe gestante de substituição que desempenha esta função¹¹. Segundo, menosprezando o esforço e o carinho da gestante que contribui durante toda a gravidez, esta parece ser uma mera geradora ou “incubadora”. Terceiro, a mãe gestante transfere à criança assim nascida algumas características genéticas que possui¹². Enfim, afasta antecipadamente deste modo direito ao arrependimento da gestante¹³ e inclusive a hipótese de ser mãe da respetiva criança. Pelas hipóteses acabadas de mencionar parece que se tem uma sensação de enfraquecimento da dignidade da gestante¹⁴.

¹¹ O papel de mãe não só se refere a suportar uma gravidez, não restam dúvidas, ser mãe inclui ainda uma “carga eterna”, na medida em que ela tem de alimentar, cuidar, educar, acompanhar e amar a criança. Todavia, sem o primeiro passo fundamental — gravidez — não há os passos seguintes, nem há a existência da criança. Desde modo, deve dar-se relevância à gravidez gestacional, caso contrário esta reduz-se a um simples instrumento.

¹² A este respeito, MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, “Relatório sobre procriação medicamente assistida (PMA) e gravidez de substituição”, in *Conselho Nacional De Ética Para As Ciências Da Vida*, março de 2012, p. 29-32.

¹³ Não encontramos o termo expresso do direito ao arrependimento na LPMA, o qual se manifesta na revogação do consentimento.

¹⁴ Na obra de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, mesmo depois da alteração legislativa, a expressão “maternidade de substituição” é utilizada, veja-se em “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho, questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição”, *BFD* 94/1, Vol. XCIV, Tomo I, separata (2018), p. 239-307. OMAIDA PATRÍCIA DA CRUZ VAN-DÚNEM mostrou a sua preferência pela

Em suma, apresentando a nossa opinião, e como o termo “gestação de substituição” está em vigor até à corrente data, não há razão impeditiva para a utilizarmos, pois, vamos encontrar os dois termos, sem diferenças relevantes, ao longo deste trabalho.

1.2. Formas de intervenção reprodutiva pela via da maternidade de substituição

Antes da existência das técnicas de reprodução assistida¹⁵, uma mulher infértil não tinha possibilidade de levar a cabo uma gravidez e conseqüentemente ser mãe de forma natural. Assim, para poder ser mãe tinha de aceitar a procriação através de relações sexuais do seu marido com outra mulher, assumindo-se que a criança que viesse a nascer seria tida como filho do casal¹⁶.

Com o avanço da ciência, já é suscetível de concretizar a fecundação em laboratório de igual modo ao método natural. De seguida, relatando várias hipóteses da colaboração dos intervenientes, ainda que sucinta, a fecundação pode acontecer dos seguintes modos¹⁷:

- i) Com um óvulo do membro feminino do casal e o esperma do membro masculino do casal
- ii) um óvulo do membro feminino do casal e esperma de um dador
- iii) esperma do membro masculino do casal e um óvulo de uma dadora
- iv) esperma do membro masculino do casal e um óvulo da gestante
- v) um óvulo da gestante e esperma de um dador
- vi) um óvulo da uma dadora e esperma de um dador

expressão de maternidade de substituição na sua dissertação, *Maternidade de Substituição: Solução e/ou Problema? Para uma abordagem no âmbito do Direito da Família*, dissertação apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa, 2018, p. 37-38.

¹⁵ Uma pluralidade de técnicas de PMA tal como sucede com a inseminação artificial, a fecundação *in vitro*, a microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides e a transferência intrafalopiana de gâmetas, entre outros. VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 26-29. Pode-se ver também no n.1 do art. 2.º da LPMA.

¹⁶ Considera-se não ser uma boa solução, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas!)*, cit., p. 11.

¹⁷ Seguimos de perto o que enumera GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas!)*, cit., p. 9, nota n.º 3.

De entre as seis possíveis formas, a quarta e a quinta preenchem o conceito de maternidade de substituição genética, em que o património genético é da própria gestante. É proibida a gestação com o recurso à participação de gâmeta da mulher gestante, bem como apenas à utilização dos materiais genéticos dos dadores.

Deste forma, realça-se que apenas as primeiras três possibilidades acima referidas são conformes o art. 8.º/3 da Lei n.º 25/2016, a substituição gestacional, pelo menos um dos membros do casal beneficiário contribui com o próprio material genético no procedimento, o embrião assim formado poderá depois ser transferido para o útero da gestante.

Capítulo II - Contrato de maternidade de substituição

2.1. A natureza jurídica

Para que seja possível o começo do projeto parental dos beneficiários é necessário encontrar uma gestante disposta a partilhar este projeto, para que posteriormente seja possível a celebração de um contrato de maternidade de substituição.

Uma das partes (gestante) se compromete perante a outra contratante (frequentemente um casal heterossexual¹⁸) a cumprir três obrigações centrais: primeiro, submeter-se a uma gravidez que contempla necessariamente o procedimento clínico de implantação do embrião, gerar a criança durante cerca de nove meses e passar pelo parto; segundo, entregar o respetivo recém-nascido no segundo momento; por último, renunciar a todos os direitos parentais sobre a criança, reconhecendo a mãe beneficiária como mãe jurídica^{19,20}.

A celebração de um contrato é a manifestação da liberdade contratual de qualquer

¹⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 13.

¹⁹ A gestante pode ser casada ou viver em união de facto, nessa circunstância o marido ou companheiro desta nunca será o pai da criança, pelo que nunca pode assumir a paternidade da mesma. JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 327.

²⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas!)*, cit. p. 9. JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 328-329. VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 13.

indivíduo²¹, a qual é admitida e expressa nos termos do art. 405.º/1 do CC. Esta liberdade primacial é a expressão máxima do princípio de autonomia privada²². Além de ser um princípio básico no âmbito do Direito Civil, tem igualmente base constitucional, nos termos dos arts. 26.º e 61.º da CRP.

Basta que as cláusulas do acordo estejam dentro dos limites da lei, isto é, cujo conteúdo não “*seja física ou legalmente impossível, contrário à lei (...) ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*”²³. Assim os contraentes têm toda a liberdade de celebrar o contrato e decidir o teor que bem lhes aprouver.

Posto isto, em conformidade com a lei, é possível celebrar um contrato de maternidade de substituição, mas qual a tipologia do respetivo contrato?

No título II do Livro II do Código Civil, prevê-se 16 tipos de contratos em especial, os quais chamados contratos típicos. Dentro dos quais se verificam 4 modelos, nos quais devemos centrar a nossa atenção para aferir das suas semelhanças e incompatibilidades com o contrato de maternidade de substituição, aferindo se alguns deles ou alguns aspetos dos respetivos regimes jurídicos, podem vir a ser aplicado analogicamente ao contrato de maternidade de substituição:

- i) Compra e venda (CC art. 874.º e ss.)
- ii) Doação (CC art. 940.º e ss.)
- iii) Locação (CC art. 1022.º e ss.)
- iv) Prestação de serviço (CC art. 1154.º e ss.)

No contrato de compra e venda, transmite-se a propriedade da coisa vendida mediante

²¹ Liberdade contratual que também é reconhecida não só a pessoas singulares, mas também a pessoas coletivas, mas para o estudo em questão apenas tem relevo a liberdade contratual das pessoas singulares.

²² A liberdade contratual e a liberdade negocial são *um corolário do princípio da autonomia privada*, veja-se PIRES DE LIMA /ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 355.

²³ Cfr. o art. 280.º do CC.

o pagamento do preço, isto é, mediante uma contrapartida pecuniária²⁴. Assim, o respetivo núcleo está à volta da vantagem patrimonial, pois, este contrato tem necessariamente carácter oneroso. Este aspeto leva a outro assunto que ainda está por resolver de seguida²⁵.

Contudo, há ainda um outro ponto que mostra a incompatibilidade entre o contrato de maternidade de substituição e o contrato de compra e venda, o de transmissão de propriedade. Neste sentido, a transmissão pode ser de uma coisa ou de um direito. Por sua vez, no que diz respeito à criança, nunca pode ser reduzida a um objeto para alienar ou adquirir. Ora, a criança, apesar de ser concebida com a ajuda da ciência, vindo ao mundo de uma forma pouco convencional ou ao arrepio do que é natural, deve ser tratada igualmente como uma pessoa, e sendo assim, é sujeito e nunca objeto de um negócio jurídico. Por isso mesmo não pode ser alienado, comprado ou vendido²⁶. Além disso, no entender de Jorge Duarte Pinheiro, o contrato de compra e venda somente consiste numa obrigação principal que é a de entrega do objeto, ao passo que o contrato de maternidade de substituição a par de entrega da criança, as obrigações principais incluem, entre outras, também suportar a gravidez²⁷.

Quanto ao regime jurídico do contrato de doação, regulado no art. 940.º do CC, “o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberdade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente”. Melhor dizendo, o donatário enriquece enquanto o doador sofre uma diminuição do património, através do seu ato generoso, altruístico e espontâneo²⁸.

Deste modo, o contrato já mencionado também não parece caber em sede de contrato

²⁴ Para mais desenvolvimentos, v. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 10-168.

²⁵ Saber se este contrato deverá ter carácter gratuito ou oneroso, , questão esta será analisada no ponto 2.1.2.

²⁶ Não corresponde aos efeitos essenciais do contrato de compra e venda, cfr. art. 879.º CC.

²⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 329.

²⁸ A este propósito, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, cit., p. 173-240.

de maternidade de substituição. Pelo mesmo raciocínio, a criança como sujeito jurídico que possui personalidade jurídica não pode ser doado, não pode integrar a disposição de uma coisa ou um direito²⁹. Outrossim, a criança não integra nem nunca pode integrar no património da gestante³⁰, assim, não faz sentido dizer que a gestante celebra um contrato à custa do seu património.

No que toca à locação³¹, é-nos definida no art. 1022.º do CC, onde se dispõe que a *“locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição”*.

Antes de mais, o pressuposto de retribuição incompatível com o corrente contrato de maternidade de substituição que deve ser gratuito³². Para além disso no que se refere ao gozo temporário de uma coisa, transpondo para o contrato de maternidade e substituição, estaríamos a falar do gozo temporário do útero da gestante. Ora sendo o útero parte integrante do corpo de uma mulher é possível a esta dispor dele, e dessa forma aceitar suportar uma gravidez de um embrião que não é geneticamente seu, mas será isto o gozo temporário de uma coisa, as dúvidas ainda persistem. Adicionalmente, o contrato de maternidade de substituição implica muito mais do que o “gozo temporário do útero”, mas também a entrega do recém-nascido, o sacrifício dos direitos parentais relativamente à criança nascida e o reconhecimento da qualificação da mãe beneficiária.

Do exposto resulta que os três contratos referidos não se encontram em harmonia com o contrato de maternidade de substituição.

²⁹ Cfr. n.º 1 do art. 66.º do CC.

³⁰ Como já foi sobejamente repetido, a criança é sujeito de direitos, com personalidade, com dignidade humana, tutelada constitucionalmente, e como tal nunca pode ser vista como objeto ou coisa de um qualquer contrato.

³¹ Sobre esta figura, MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, cit., p. 297-354.

³² A nosso ver, apesar de ainda não ser pacífica a questão da gratuitidade ou onerosidade do contrato de maternidade de substituição, entendemos que de acordo com o ordenamento jurídico português e para estar conforme a constituição o contrato de maternidade de substituição deverá ser obrigatoriamente gratuito. Questão que será analisada no ponto 2.1.2.

Resta-nos analisar o contrato de prestação de serviços³³, de acordo com a menção do art. 1154.º do CC, “*contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*”. Será o regime jurídico deste contrato que se poderá enquadrar no contrato de maternidade de substituição? Parece-nos que sim, em primeiro lugar porque neste contrato não se pressupõe a retribuição obrigatória, enquadrando-se assim bem no regime da gestação altruísta a favor de outrem, conferindo um carácter gratuito ao contrato; em segundo lugar, a criança que entregue pela gestante à mãe beneficiária é justamente o “fruto” da atividade de gestação. Deste modo, afirma Jorge Duarte Pinheiro que “*a maternidade de substituição parece adequar-se melhor a qualificação de contrato de prestação de serviço atípico*”³⁴, entendimento com o qual concordamos.

2.1.1. Contrato formal ou informal

Segundo o ensinamento de Menezes Leitão, formal é um contrato cuja validade depende da verificação de certas formalidades conforme a lei, nomeadamente uma escritura pública ou um documento particular autenticado; em contrapartida, informal é aquele contrato cuja validade não depende de qualquer formalidade especial, isto é, pode ser por meio de oralidade, basta um simples consenso das partes³⁵ para que o contrato seja válido.

Sendo digno de notar que, ao invés do princípio geral de liberdade de forma³⁶, o contrato da maternidade de substituição é um contrato formal, feito imperativamente por escrito, de acordo com o que é expresso no art. 8.º/10 da LPMA³⁷. A celebração deste tipo

³³ Sobre o conteúdo deste contrato, MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, cit., p. 423-470.

³⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 330.

³⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 15ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 185-187.

³⁶ Cfr. art. 219.º do CC.

³⁷ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação

de negócios jurídicos bilaterais, disciplina os direitos e as obrigações da cada uma das partes, incluindo as disposições que preveem a solução para as hipóteses de malformações ou doenças fetais da criança e de uma eventual interrupção voluntária da gravidez. Atendendo, esta celebração necessita de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), e inclusive, ficar sob a supervisão desta entidade durante todo o processo, previsto no n.º 4 do mesmo artigo.

A regra de contrato formal mantém-se mesmo que as partes envolvidas no acordo sejam familiares ou amigos³⁸. A nossa lei não admite que a celebração deste tipo do contrato seja informal, ou seja, consensual ou não-contratual³⁹. É fácil compreender a exigência de formalidade, uma vez que o respetivo negócio jurídico encerra muitas questões delicadas, pelo que não basta um contrato consensual, por sua vez, deve este contrato ser formal, isto é, escrito, assinado por ambas as partes e o mais detalhado e minucioso possível. São várias as vantagens nesta exigência de formalidade do contrato. Primeira vantagem é a concessão do tempo para uma ponderação prudente das partes em levar avante um contrato desta natureza, de suma importância para todas as envolvidas, e que trará nova vida. Segunda, a salvaguarda dos interesses das ambas partes, que ao ficarem reduzidos a escrito serve como a prova das disposições combinadas quando houver litígios entre as contratantes. Por último, mas não menos importante, a vantagem de salvaguardar eventuais vicissitudes que poderão surgir durante o procedimento, com o fim de obstaculizar a ocorrência de qualquer problema.

Posto isto, o contrato de maternidade de substituição no ordenamento jurídico

humana e os problemas relativos ao consentimento”, in *Actas do Seminário Internacional, debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto e FDUP, 2017, p. 115, disponível em https://up.pt/press/wp-content/uploads/2020/02/Ebook_FDUP-PMA_2018.pdf (02.02.2020).

³⁸ No mesmo sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Surrogacy in Portugal”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 249.

³⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 35.

português tem de ser formal, seja qual for a situação ou os contraentes, e essa formalidade reside no facto de o contrato ter que ser reduzido a escrito. Se não respeitar a regra aludida, conforme n.º 12 do art. 8.º da LPMA, os negócios jurídicos de maternidade de substituição têm como consequência a nulidade.

2.1.2. Contrato oneroso ou gratuito

Ora, vamos brevemente analisar o conceito do contrato oneroso. Segundo Antunes Varela, *“diz-se oneroso o contrato em que a atribuição patrimonial efetuada por cada um dos contraentes tem por correspondente, compensação ou equivalente a atribuição da mesma natureza proveniente do outro”*⁴⁰. Cada uma das partes tem de contribuir com uma contraprestação de modo a manter a respetiva atribuição da contraparte. Quanto ao contrato gratuito, uma das partes proporciona um benefício patrimonial à outra, *“sem qualquer correspondente ou contraprestação”*⁴¹.

Passaremos a aplicar os conceitos ao nosso tema. Na figura comercial de maternidade de substituição a gestante entrega a criança enquanto o casal paga a contrapartida pecuniária, desta forma, cada um deles tem um direito a adquirir certas contraprestações e um dever de realizar algumas obrigações. A quantia pecuniária paga não inclui a compensação das despesas ocorridas e conexas com a gravidez, mas antes é remuneração por suportar da gestação. Por sua vez, na figura altruística de maternidade de substituição a gestante entrega a criança ao passo que o casal não paga nada, excetuando-se as despesas médicas e outro tipo de despesas conexas com a gestação. Aqui, na gestação de substituição altruística ou solidária, a gestante não obtém nada como retorno, qualquer contraprestação, ainda que cumpra a sua prestação ou obrigação que é no essencial

⁴⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição., Almedina, Coimbra, 2000, p. 404.

⁴¹ *Ibidem*.

suportar uma gravidez.

As duas figuras já referidas, contrato de maternidade de substituição oneroso e gratuito, estão a ser praticadas em países diferentes no mundo, porém, a segunda tem a maior parte de defensores e utilizadores, a este respeito, e Portugal é um deles.

No sistema português, a que se refere o n.º 2 do art. 8.º da LPMA, regulando que o modelo do contrato de gestação de substituição tem que ter a forma gratuita. Caso outorgue tal contrato a título oneroso, a conduta será considerada como um crime e, conforme os n.ºs 1 e 2 do art. 39.º da mesma Lei, é punido com pena de multa ou até pena de prisão⁴².

Por força do caráter gratuito do contrato que está em jogo, os pais beneficiários vão ter grandes dificuldades em encontrar mulheres disponíveis para assumirem o papel de gestantes, pelo que, em regra assumirão esse papel pessoas mais próximas, como familiares ou amigas. Proximidade essa que poderá suscitar o problema que é a simulação de um contrato gratuito, mas que na realidade e de forma oculta pode ser oneroso, trazendo assim incertezas na segurança da gratuitidade dos contratos de maternidade de substituição. Mesmo que haja uma mulher disposta a ajudar altruisticamente, acaba eventualmente por ser apenas uma bela fantasia. Nas palavras de Maria Margarida Silva Pereira, “*A gratuitidade não é, contudo, sinónimo ou sequer indício seguro de altruísmo. Pode a gestante de substituição obter outras vantagens, designadamente de ordem profissional*”⁴³.

⁴² Art. 39.º da LPMA: 1 - *Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.* 2 - *Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.*

⁴³ A autora acautela que a bondade da gratuitidade da maternidade de substituição é um mito, e enumera três exemplos para o efeito:

- I. *A celebra o contrato de gestação de substituição com o casal B e C. Após o parto, B, empresária, contrata-a, oferece-lhe um salário considerável; ou proporciona-lhe o acesso a emprego, através das suas relações pessoais e que a gestante, só por si, não conseguiria.*
- II. *A, gestante, é contemplada no testamento de D, avó da criança que vier nascer.*
- III. *A, gestante, casa com E depois do parto. Por isso, o casal beneficiário vem a doar-lhe uma quantia significativa para saudar.*

Cfr. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, *Julgar Online*, janeiro de 2017, p. 20-21, disponível em

Existem tantas maneiras dos pais contratantes, a qualquer momento, outorgarem benefícios de formas diferentes à gestante.

Conforme a LPMA, a gratuidade ainda é uma regra absoluta e inalterável. Não bastante, como anteriormente falámos, há pouca segurança na autenticidade da gratuidade do contrato⁴⁴. Será possível, irmos mais longe, ponderar e aceitar um contrato oneroso neste âmbito, ultrapassando esta “linha”⁴⁵?

Tendo em consideração as afirmações seguintes para assegurar um contrato de gestação de substituição, de modo oneroso, mas ainda assim ético e humano:

Antes de tudo, podemos considerar-se seguro que a remuneração é focada na ação da gestante, como o pagamento de um serviço de carácter pessoal, nunca o do recém-nascido⁴⁶. Há quem mostre alguma preocupação na medida em que esta diferença pode não ser óbvia, e tal confusão interpretativa pode fazer com que alguns vejam o contrato de maternidade de substituição como uma via para “comprar” uma criança. Sigamos de perto o que defende Vera Lúcia Raposo, não se verifica o tráfico de seres humanos, na medida em que o objeto do negócio jurídico em causa é a prestação do serviço reprodutivo, mas “*não a transmissão da propriedade de uma pessoa*”, menos ainda a gestante (e ninguém) nunca será a proprietária do recém-nascido nascido, pois este é uma pessoa com dignidade e não uma coisa, uma *res*, pelo que está longe de se tratar de um direito de propriedade⁴⁷.

<http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>
(06.02.2020).

⁴⁴ O autor apresenta algumas hipóteses de retribuições económicas dissimuladas, tal como sucede com o fornecimento de vestuário e alimento, o pagamento de renda da casa, da eletricidade ou telefone, ou aluguer do automóvel. MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer - Para um debate de cidadãos*, Caminho, Alfragide, 2017, p. 161-162 e 165.

⁴⁵ A este respeito, v. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Mães “hospedeiras”, Tópicos para uma intervenção”, in *Procriação assistida Colóquio Interdisciplinar*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993, p. 67-72.

⁴⁶ Vejamos dois exemplos referidos, *como se paga ao médico que faz um aborto terapêutico e à clínica particular que cobra dinheiro, sem que se ouça dizer que, por tal facto, o feto é tratado como uma coisa; como se paga ao médico particular que faz uma fertilização in vitro sem que se diga que há um preço pelos embriões implantados no útero da mulher*. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas!)*, cit., p. 23.

⁴⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, “A idade da inocência: podem os contratos de gestação sobreviver sem lei

Com o fim de evitar este sensível problema ético-jurídico, poderia estipular-se o montante concreto deste serviço no acordo relativo, o qual não poderia variar conforme o resultado obtido. Por outras palavras, a remuneração fixa não poderia ser alterada em função da “qualidade” nem da “quantidade” do recém-nascido⁴⁸. Ao fixar-se o montante, para afastar a situação de exploração da mulher gestante, convenha estabelecer uma tabela de preço que serve como uma referência para a gestante, pais beneficiários e igualmente para CNPMA, “*sobretudo para que as mulheres geradoras não ganhem menos*” do que um preço justo e salvaguardando a hipótese de algum aproveitamento de uma eventual situação de carência vivida pela gestante de substituição⁴⁹. Levantada a questão da viabilidade da tal remuneração, em boa verdade, a utilização do corpo pela gestante com um fim lucrativo pode ser semelhante ou equiparada ao uso do corpo em outras atividades como por exemplo, pelo pedreiro, modelo ou desportista de alta competição⁵⁰; e será que o pagamento do trabalho e dos serviços por esses prestados significam uma coisificação da pessoa com violação da sua dignidade humana? Parece-nos que não, então, qual o motivo para impedir o pagamento à gestante, para atribuir um carácter oneroso ao contrato de maternidade de substituição? Na mesma linha de raciocínio, será que o nascimento de um ser humano não deveria estar ligado ao dinheiro? Se fosse mesmo assim, recorrendo a uma pergunta feita por Vera Lúcia Raposo que nos ajuda a chegar à resposta, “*porque são pagos os médicos obstetras, ginecologistas e pediatras?*”⁵¹. Ainda mais, Gonçalo de

reguladora?”, *Revista Jurídico Centro Universitário UniSEB*, Ano I, n.º1, outubro 2011, p. 145.

⁴⁸ A gestante deveria receber as mesmas importâncias como já combinadas no caso de a criança nascer com alguma deficiência ou morrer à nascença. Nesses casos, ela prestou o serviço e cumpriu o seu dever, levando a cabo o parto, mereceu a sua devida contraprestação. Seguindo o mesmo raciocínio, a gestante não deveria receber mais quantias no caso de conceber e dar a luz os gêmeos. Com efeito, a remuneração não teria relação com a criança assim nascida nas condições inerentes à maternidade de substituição, pois esta nunca pode ser encarada como um mero objeto. Portanto, a dignidade humana da criança assim nascida deveria ser conservada.

⁴⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas!)*, cit., p. 30;

⁵⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, “A idade da inocência: podem os contratos de gestação sobreviver sem lei reguladora?”, cit., p. 148.

⁵¹ A autora mudou a sua posição depois de uma reflexão cuidadosa, acabando por admitir que a recusa de

Almeida Ribeiro entende que é inconstitucional a proibição da celebração deste contrato a título oneroso, por violar os direitos a constituir família e ao livre desenvolvimento da personalidade⁵².

Incumbe salientar que, mesmo que se verifique a onerosidade no quadro do contrato de maternidade de substituição, a negação de qualquer agente privado dedicado à promoção do contrato de maternidade de substituição, na medida em que tal retém a esmagadora maioria das quantias em jogo, suscitando mais facilmente a exploração das mulheres⁵³. Assim sendo, convém que caiba a uma entidade específica, como seria por exemplo o CNPMA, fazer o “encontro” entre os pais beneficiários e a gestante.

Sem sombra de dúvida, se se aceitar o contrato oneroso, mais casais inférteis iriam beneficiar, particularmente os que não têm familiares ou amigas próximas que tenham vontade ou condições de lhes “dar a mão”, isto é, de partilhar com eles o projeto parental. Todavia, é verdade que a onerosidade traz algumas confusões, as quais apontamos anteriormente, pois, talvez ainda não tenhamos chegado ao tempo certo para isso. No nosso entendimento não se deve negar completamente a possibilidade da natureza onerosa em relação a tal contrato, apenas quando a pertinente lei estiver bem consumada sobre o contrato a título gratuito, aí pode ser que advenha o momento oportuno de pensar a hipótese da sua onerosidade.

Antes de ter saído a decisão do TC em 24 de abril de 2018, não havia nenhum caso de gravidez de substituição em Portugal, melhor dizendo, não se verificava nenhum caso em

pagamento é infundada. VERA LÚCIA RAPOSO, “A idade da inocência: podem os contratos de gestação sobreviver sem lei reguladora?”, cit., p. 148-149.

⁵² Cfr. a parte da declaração de voto do Ac. do TC n.º 225/2018, de 7 de maio, p. 1953, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized> (13.01.2020).

⁵³ Imagina-se uma instituição privada que cobra um custo avultado, porém, a gestante somente recebe uma percentagem baixíssima, tendo em mente que todos os trabalhos árduos seriam concretizados pela gestante, mas não pelo intermediário. Portanto, há uma tendência para não haver um comércio justo. MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer ...*, cit., p. 158.

que tenha havido um tratamento bem-sucedido⁵⁴. Vamos respeitar que será conveniente afirmar que, num primeiro momento, a gratuidade é ponto essencial e pôr em prática primeiro o contrato gratuito, vindo a decidir somente num segundo momento, se mesmo disso houver necessidade, da implantação do contrato a título oneroso.

2.2. Intervenientes

Antes de observarmos os respetivos direitos e deveres dos intervenientes no contrato de maternidade de substituição, cumpre, primeiro, descobrir quem será considerado como interveniente direto neste contrato.

2.2.1. Gestante

Não parecem haver muitas dúvidas de que a gestante é uma protagonista central neste contrato. Como o próprio nome sugere, sem a ajuda daquela, não se verifica nenhuma gestação de substituição. A fim de assegurar a saúde da criança como resultado da maternidade de substituição e igualmente da própria gestante, nem todas as mulheres que podem se candidatar a ser gestantes.

É pena que não encontramos uma resposta em qualquer DR, nem na Lei⁵⁵. Em virtude da falta de regulação legislativa quanto aos critérios de elegibilidade para gestante, o CNPMA veio estabelecer o limite etário a este respeito. A Deliberação n.º 21-II/2017, de 24 de novembro, prescreve que a gestante não pode ter idade igual ou superior a 45 anos, exceto se ela for mãe ou irmã de algum dos membros do casal beneficiário, e que nestes

⁵⁴ O único caso autorizado de maternidade de substituição não resultou em gravidez, disponível em: <https://www.publico.pt/2018/06/09/sociedade/noticia/nenhuma-barriga-de-aluguer-autorizada-tera-conseguido-engravidar-1833836>. (03.03.2020).

⁵⁵ A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (incluindo as alterações sucessivas) e os Decretos Regulamentares n.º 6/2016, de 29 de dezembro, e n.º 6/2017, de 31 de julho, não regulam qualquer exigência sobre a gestante.

casos a idade limite pode ser até 49 anos e 364 dias (365 dias nos anos bissextos)⁵⁶.

Dado a natureza especial da maternidade de substituição, a sua amplitude do limite da idade é mais apertada do que na generalidade do acesso às técnicas de PMA⁵⁷. Como é sabido, há frequentemente mais risco para a saúde da mulher grávida à medida que a sua idade avança, acresce que a dissociação da gravidez e maternidade faz com que a pessoa que sofra o risco é diferente da pessoa que beneficia desse mesmo risco. Portanto, verifica-se duas regras diferentes, diminuindo assim o eventual risco da gestante.

2.2.2. Beneficiários

A celebração de um negócio jurídico bilateral, como é o contrato de maternidade de substituição, envolve necessariamente duas partes, apesar de segundo alguma doutrina considerar tal contrato como um contrato bilateral imperfeito dada a falta de corresponsabilidade entre as prestações das partes⁵⁸, na medida em que este contrato só gera principalmente deveres para a gestante, surgindo eventualmente deveres para os beneficiários ao longo do contrato, por exemplo a obrigação de reembolso das despesas associadas à gravidez.

Para efeitos do contrato de maternidade de substituição, temos por um lado, a gestante que se submete às técnicas de PMA para depois suportar uma gravidez a favor da outrem, e por outro, alguém que não consegue gerar uma criança por causa dos problemas de infertilidade, frequentemente um casal, que por isso recorre a esta prática, tendo a expectativa de ter um filho biológico, e que é dador dos materiais genéticos, ou pelo menos

⁵⁶ Veja a Deliberação n.º 21-II/2017, de 24 de novembro, que estabelece o limite de idade da gestante no âmbito da gestação de substituição, disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Documents/Delibera%c3%a7%b5es/Deliberacao21-II.pdf> (14.06.2020).

⁵⁷ Geralmente, as mulheres beneficiárias que recorrem às técnicas de PMA podem ter até 49 anos e 364 dias (365 nos anos bissextos).

⁵⁸ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Subitamente, no verão passado: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, cit., p. 115.

adoção pelo indivíduo singular⁶¹, mas não do benefício do contrato de maternidade de substituição, tendo os dois casos o mesmo objetivo de construir uma família e estabelecer uma filiação.

A par disso, no que toca ao limite da idade, incumbe ao CNPMA (art. 30.º/2/b LPMA) fixar o limite etário para os beneficiários poderem recorrer a esta técnica de PMA. Tendo em conta as características físicas distintas entre homens e mulheres, especialmente a função reprodutiva feminina que terminará quando esta ao atingir a menopausa, o limite etário para masculinos e femininos não tem uma conformidade. Para as mulheres beneficiárias, de acordo com a Deliberação n.º 15-II/2017, de 20 de outubro, a idade máxima não ultrapassa 50 anos na altura da realização de técnica⁶². Relativamente aos homens beneficiários, podem ter até 60 anos de idade no momento da concretização de técnica, constante da Deliberação n.º 16-II/2017, de 20 de outubro⁶³.

2.2.3. Entidade reguladora - CNPMA

Tendo a função de supervisor durante todo o processo, qual será a posição da CNPMA no contrato de maternidade de substituição? Segundo n.º 4 do art. 8.º da LPMA, sendo imperioso obter uma autorização prévia da entidade citada de modo a celebrar os negócios jurídicos de gestação de substituição⁶⁴. Há quem entenda que, em certa medida, o CNPMA possa interferir na formação do respetivo contrato, sendo que também a sua eficácia é dependente de prévia autorização da entidade, condicionando, nessa medida, a liberdade

⁶¹ Veja n.º 2 do art. 1797.º do CC.

⁶² Cfr. a Deliberação n.º 15-II/2017, de 20 de outubro, que estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres beneficiárias, disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Documents/Delibera%3%a7%3%b5es/Deliberacao15-II.pdf> (15.06.2020).

⁶³ Cfr. a Deliberação n.º 16-II/2017, de 20 de outubro, que estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários, disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Documents/Delibera%3%a7%3%b5es/Deliberacao16-II.pdf> (15.06.2020).

⁶⁴ V. n.º 4 do art. 8.º da LPMA, “(...) *gestação de substituição carece de autorização prévia do CNPMA, (...), a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos (...)*”.

contratual das partes.

Contudo, este ato de supervisão não torna esta entidade parte ou outorgante deste contrato, surgindo apenas como um ente fiscalizador. Entidade esta que não participa no processo de estipular as cláusulas do contrato de gestação de substituição, mas antes escrutina o contrato assinado pelos contraentes (gestante e casal beneficiário), com o objetivo de assegurar que tal contrato contém todos os dados essenciais, em conformidade com a ordem pública e os bons costumes⁶⁵, cumprindo assim a sua missão de assegurar a prevalência dos interesses da criança sobre quaisquer outros e atender aos interesses da gestante⁶⁶. Em virtude da especificidade deste acordo, qualquer incidente ou problema decorrente do mesmo poderá acompanhar os intervenientes por toda a sua vida, já que se trata da gestação de uma criança, uma vida humana. Com efeito, o CNPMA, tal como um médico ou um advogado, surge apenas para auxiliar a boa realização de todo o processo de maternidade de substituição.

Do exposto será de concluir que os protagonistas ou intervenientes principais deste contrato são a gestante e os pais beneficiários. Portanto, veremos os direitos e deveres, de forma lacónica, de cada um deles de seguida.

2.3. Direitos e deveres dos intervenientes

2.3.1. Direitos de casal beneficiário

Invocando o art. 12.º da LPMA, o qual contém os direitos dos beneficiários que recorrem à procriação medicamente assistida. Nos termos do n.º 9 do art. 8.º da mesma Lei, tais direitos, com certas adaptações, são igualmente aplicáveis ao regime de gestação de

⁶⁵ Nos termos do art. 280.º/2 do CC, “*É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*”.

⁶⁶ Cfr. Decreto-Lei n.º 6/2017 de 31 de julho, p. 4366, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/107785481/details/maximized> (02.03.2020).

substituição. Entre os quais, tem que realçar al. e) do art. 12.º, deixando saber o casal beneficiário as informações sobre adoção, a qual seria uma alternativa de ter um filho, antes de recorrer à prática de maternidade de substituição⁶⁷.

No caso do parto com sucesso, o casal beneficiário tem o direito de receber o recém-nascido. Caso contrário, no caso das certas tentativas da gestação falhadas, é possível o casal beneficiário denunciar o contrato⁶⁸.

2.3.2. Deveres de casal beneficiário

Desde que o casal beneficiário recorre à prática, nos termos da al. k) do n.º 3 do art. 3.º do DR n.º 6/2017 (Regulamenta o acesso à gestação de substituição), este é responsável por todas as despesas associadas à gestação da criança, nomeadamente despesas de saúde, acompanhamento da gestação e transportes.

Obrigação esta que se mantém independentemente de o processo de maternidade de substituição ser bem-sucedido ou não, isto é, não importa se no final há ou não criança. Pois, poderia ocorrer a tragédia da criança ser portadora de alguma má formação que obrigue à interrupção da gestação ou até mesmo nascer sem vida e, não tendo esta situação sido causada pela gestante, os pais beneficiários mantêm a obrigação de pagamento das despesas relativas à gestação da criança e supracitadas.

2.3.3. Direitos de gestante

Ao focar o tópico dos direitos da gestante devemos garantir o direito à sua saúde, desde logo ao abrigo da al. b) do art. 3.º do DR n.º 6/2017, a gestante pode participar na decisão de escolher não só o médico especialista que acompanha toda a gravidez como

⁶⁷ Cfr. o art. 12.º da LPMA, al. e) *Ser informados das condições em que lhes seria possível recorrer à adoção e da relevância social deste instituto.*

⁶⁸ Veja al. i) do n. 3 do art. 3.º do DR n.º 6/2017.

ainda escolher como vai ser o seu parto e qual o instituto médico onde o mesmo será realizado. O acompanhamento por uma equipa médica especializada tem como objetivo de levar a gravidez a um bom termo, e acima de tudo salvaguardar a saúde da gestante, evitando qualquer risco, para além dos riscos naturais de qualquer gravidez⁶⁹.

Nos termos da al. c) do n.º 3 do art. 3.º do DR citado, antes ou após o parto, a gestante também pode ter apoio de um psicólogo.

E, como ponto fundamental dos direitos da mulher gestante esta deveria poder revogar o seu consentimento até ao início dos processos terapêuticos de PMA, segundo a LPMA atual. Será mesmo assim ou poderia ser prolongado o período até à entrega da criança aos beneficiários? Veremos isto com pormenor mais adiante.

2.3.4. Deveres da gestante

Com o objetivo de se conseguir uma gravidez segura e o nascimento de uma criança saudável, a gestante deve prestar todas as informações essenciais para o sucesso do procedimento, presentes na al. a) do n.º 1 do art. 13.º da LPMA. Além disso, a al. b) do mesmo artigo regula que a gestante deve igualmente cumprir escrupulosamente todas as indicações dos profissionais de saúde, fazendo todos os exames necessários⁷⁰.

2.4. Incumprimento das condições contratuais

Com o fim de estabelecer um acordo justo e detalhado, regulando as mais informações

⁶⁹ No art. 12.º da LPMA, “a) Não ser submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito ou cuja utilização comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho; b) Ser assistidos em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas requeridas para a correta execução da técnica aconselhável”.

⁷⁰ Cfr. o art. 13.º da LPMA, “a) Prestar todas as informações que lhes sejam solicitadas pela equipa médica ou que entendam ser relevantes para o correto diagnóstico da sua situação clínica e para o êxito da técnica a que vão submeter-se; b) Observar rigorosamente todas as prescrições da equipa médica, quer durante a fase do diagnóstico quer durante as diferentes etapas do processo de PMA”. Cfr. igualmente a al. c) do n.º 3 do art. 3.º do DR n.º 6/2017.

possíveis, muito em particular, dando respostas quando algo inesperado ocorre⁷¹. No entanto, o contrato de maternidade de substituição, como outro tipo de contrato, é passível de incumprimento⁷².

Analisando na Lei n.º 32/2006 e no DR n.º 6/2017, porém, não se menciona a solução nem as consequências perante o incumprimento deste tipo de contrato. Portanto, temos que remeter e consultar as regras gerais ao nível do Direito Civil. Deste modo, será adequada e suficiente a remissão para o código civil, em especial, nas hipóteses seguintes?

2.4.1. Incumprimento por parte dos pais beneficiários

Antes de tudo, relembramos que os beneficiários só podem revogar os seus consentimentos até ao início dos processos terapêuticos de PMA (art. 14.º/4 LPMA). Assim, os pais beneficiários não se podem arrepender do projeto parental no meio da gravidez.

Imagine-se que os beneficiários, durante a gestação, deixam de pagar mais as despesas associadas ao serviço de maternidade de substituição, exemplificando, tratamentos médicos e transportes para receber esses tratamentos. Nesta hipótese, constitui o incumprimento do contrato, resultando a indemnização para a gestante. O ato de recusar o pagamento dos beneficiários deduz que os mesmos não pretendam a eventual criança⁷³. Embora não haja hipótese de arrependimento para os pais beneficiários, estes têm a obrigação de pagar as despesas respetivas, na verdade, ninguém os pode obrigar a amar a

⁷¹ Transcrevemos, aqui, alguns dos problemas com que mais nos preocupamos: “i) *Feto com malformações diagnosticadas tardiamente ou apenas após o parto*; ii) *Restrições ao comportamento da grávida, impostas no contrato e não cumpridas*; v) *Alteração da vontade da grávida no decurso da gestação*”. MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer ...*, cit., p. 160-161.

⁷² A este respeito, o autor até faz uma pergunta: “*como assegurar que a grávida de substituição não teve ou não vai ter relações sexuais nas horas que antecedem e sucedem à ovulação em causa? Por contrato?!*” MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer ...*, cit., p. 162.

⁷³ A autora assenta a possibilidade de a gestante continuar a gravidez se ela assim o pretender, mesmo que não tenha capacidade económica. Para tal, a criação de um tipo de fundo ou a contratação de um seguro poderia assegurar que quer a gestante quer o feto fossem submetidos aos devidos cuidados médicos, sem preocupação de estarem desprovidos dos recursos financeiros. VERA LÚCIA RAPOSO, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, cit., p. 19-20.

criança que vier nascer, pelo que, em última análise, se não desejarem a criança depois do parto, o caminho passa pela adoção da criança por um outro casal, ou pela própria gestante.

Vamos agora supor que tudo corra bem no contrato de maternidade de substituição, a criança assim nascida é saudável, conseqüentemente, a mesma foi entregue ao casal beneficiário após o parto. Por parte da gestante, esta realizou as suas obrigações. Todavia, desta vez, os pais beneficiários como os outorgantes desse contrato, faltaram com o pagamento de todas as despesas decorridas da gestação e do parto, incorrendo claramente em incumprimento contratual. Neste caso, a gestante pode exigir o reembolso via o regime geral de incumprimento, consagrado nos art. 790.º e ss. do CC. Simultaneamente, sendo tal obrigação pecuniária, não gera grande dificuldade a aplicação dos normativos civis gerais, na medida em que tem lugar a indemnização dos danos patrimoniais, se os houver, conforme o art. 806.º do CC⁷⁴.

2.4.2. Incumprimento por parte da gestante

Depois de falar sobre a hipótese do incumprimento por parte dos pais beneficiários, ora, como seria a situação se fosse a gestante que faltasse ao cumprimento, o que é mais frequente. Indagaremos, assim, sucessivamente entre a realização pela gestante de atos e riscos voluntários, interrupção voluntária da gravidez e recusa da entrega da criança.

2.4.2.1. Realização dos atos e os riscos voluntários

Imagine-se que a gestante adota alguns comportamentos com riscos⁷⁵ que levaram o recém-nascido a ser portador de doença ou malformação, *quid juris?*

⁷⁴ Art. 806.º Obrigações pecuniárias: “1. Na obrigação pecuniária a indemnização corresponde aos juros a contar do dia da constituição em mora”.

⁷⁵ Exemplificando, a alimentação desequilibrada, a ingestão de droga ou a relação sexual desprotegida, correndo risco de contrair doenças sexualmente transmissível. ESTRELA CHABY, “A gestação de substituição, por si só”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2019, p. 81.

Entende Capelo de Sousa, os atos e risco voluntários concretizados pela gestante mostram a ilicitude quando tais comportamentos são adequados a provocar lesões ou ameaças de lesão para o concebido⁷⁶. Face aos prejuízos causados à criança pela gestante, designadamente no que se diz respeito à sua vida e integridade física, sendo os mesmos bens juridicamente protegidos, essa lesão pode gerar obrigação de indemnizar, desde que preencham os restantes pressupostos desta obrigação⁷⁷. Sendo assim, os pais podem exigir uma indemnização ao autor, neste caso, à gestante, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultante do nascimento do nado-vivo que sofre doença de forma grave e incurável ou má-formação medicamente provada⁷⁸, visto que os comportamentos lesivos para o nascituro são imputáveis à gestante. Em princípio, os pais beneficiários podem recorrer à via da responsabilidade contratual ou extracontratual, dependendo da situação em concreto.

No caso de inclusão das cláusulas proibitivas ou limitativas de certas condutas relativas à gestante durante a gravidez no contrato de maternidade de substituição, desde que tais cláusulas sejam razoáveis com a vista aos interesses da criança que vier a nascer e se confirme a relação de causalidade entre tais condutas e o estado da criança, a adoção dessas condutas particulares por parte da gestante leva à violação dos deveres contratuais, tendo a gestante de assumir a responsabilidade obrigacional da indemnização pelos danos causados, por incumprimento do contrato de gestação.

Se as partes não estipularem disposições a este propósito, a gestante não conta a violação de nenhum dever, não gerou aqui qualquer responsabilidade contratual. Contudo, os pais ainda podem pedir um ressarcimento através da responsabilidade extracontratual,

⁷⁶ CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 167.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Esses danos do nascituro não aparecem, necessariamente, logo após o nascimento, como também podem emergir no futuro, desde que o diagnóstico médico constate os prejuízos, de forma grave e irreversível, advêm dos comportamentos inadequados durante a gestação.

no que se toca os danos corporais sofridos pela criança, desde que se prove que tais danos foram resultado da adoção de alguma conduta dolosa ou negligente por parte da gestante.

Entre os dois regimes da responsabilidade acima referidos, obviamente, sendo o regime mais conveniente o da responsabilidade contratual para os pais (lesados), em virtude da presunção da culpa da gestante (devedor), o que implica que o incumprimento lhe é imputável, dispensando-se os pais de fazer a prova. Daí que, do ponto de vista jurídico, vale a pena a inclusão dessas cláusulas no contrato, pelas vantagens processuais ao nível do ónus da prova nas ações de responsabilidade civil, para além disso essa inclusão é ainda positiva na medida em que obriga as partes a pensar sobre este assunto no momento da celebração do contrato, de forma séria e cabal, gerando as expectativas relativamente ao que a gestante pode ou não fazer e evitando eventuais litígios⁷⁹.

No entanto, a atual LPMA proíbe em absoluto a imposição de restrições de comportamentos à gestante (art. 8.º/11), melhor dizendo, os pais beneficiários não podem estipular nenhuma cláusula limitativa a este respeito no contrato⁸⁰. Destarte, a conduta de pôr o feto em risco por parte da gestante não se apresenta como uma violação do contrato, pelo que os pais beneficiários não podem tomar medidas preventivas para cessar a conduta nociva que é praticada pela gestante, reagindo somente quando os prejuízos tiverem ocorrido⁸¹. Solução esta que leva em conta a liberdade e os direitos da gestante, mas não o superior interesse da futura criança.

⁷⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, ““A parte gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contratual e contratos de gestação”, in *Actas do Seminário Internacional, debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto e FDUP, 2017, p. 185, disponível em https://up.pt/press/wp-content/uploads/2020/02/Ebook_FDUP-PMA_2018.pdf (02.02.2020).

⁸⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, cit., p. 36.

⁸¹ Continua a insigne autora, o art. 8.º/11 retira a hipótese da atuação preventiva por parte dos pais beneficiários, faz com que reajam só quando a criança nascida com malformação causada pelo comportamento negligente da gestante, reclamando uma compensação por prejuízo em vez de o evitar. VERA LÚCIA RAPOSO, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, cit., p. 36.

2.4.2.2. Interrupção voluntária da gravidez

Colocamos a hipótese de uma interrupção voluntária da gravidez, pelo elemento literal, consistindo na voluntariedade da grávida em pôr fim ou não à sua gravidez. Como afirma Vera Lúcia Raposo, “*nem mesmo o facto de a gestação ocorrer no âmbito de um contrato de gestação pode alterar esta solução*”⁸². Dito de outra forma, ninguém pode obrigar uma mulher grávida a abortar ou a não abortar quando é essa a sua vontade⁸³.

Ao abrigo da autonomia privada e da liberdade contratual, o problema está em saber se os contraentes poderão delimitar outro quadro-regra, distinto da lei.

Segundo Maria Raquel Guimarães⁸⁴, “*(...) não obstante a contratualização da gestação de substituição, haverá que ter em conta os limites impostos à autonomia das partes, nomeadamente pela lei e pelas regras que conformam a ordem pública nacional*”. Como ensina Carlos Mota Pinto, em conformidade com “*as conceções éticas recebidas pelo ordenamento jurídico, há necessidade de tutela do bem jurídico «vida em formação»*”⁸⁵. A nosso ver, qualquer interrupção da gravidez, para ser legítimo e impunível, tem que ser de acordo com a lei prevista, mesmo no contexto dos contratos de maternidade de substituição.

Por isso mesmo, a gestante, como as outras grávidas normais, pode proceder ao aborto tão-só nas circunstâncias permitidas na lei, disposto no art. 142.º/1 do CP. Neste normativo,

⁸² VERA LÚCIA RAPOSO, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”, cit., p. 178.

⁸³ Alguma doutrina entende que mesmo a grávida, não tem o direito ao aborto, já que não existe diferença ontológica entre um embrião com 10 semanas e um com 11 semanas e bem assim entre um embrião e uma criança já nascida, no fundo, o nascituro é uma pessoa e, ao abrigo do n.º 1 do art. 24.º da CRP, o seu direito à vida é inviolável. A não nas situações que digam respeito ao perigo de vida ou saúde da mãe e às restantes alíneas do art. 142.º do CP. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ob. cit.*, p. 279-301.

⁸⁴ Cfr. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Subitamente, no verão passado: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, cit., p. 120.

⁸⁵ Por isso, o art. 140.º do CP preceitua a proibição do aborto, mesmo não tendo a construção da personalidade jurídica do nascituro. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 203.

iremos analisar as alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *e)* que estão relacionadas com o nosso tema.

Em primeiro lugar, em função das alíneas *a)* e *b)*, “*para remover ou evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou a saúde física ou psíquica da mulher grávida*”, a interrupção da gravidez é legal. O mesmo raciocínio, sendo razoável a opção de aborto pela gestante por motivo de se salvar a si, quando está em risco a sua vida ou a sua saúde, não resulta um incumprimento contratual, uma vez que o nascimento da criança não pode ser tido em primeira linha em detrimento do direito à vida nem do direito à integridade pessoal da gestante. Se a execução do contrato prejudicaria o direito à vida, neste caso da gestante, o contrato seria contrário à ordem pública e bons costumes.

Em segundo lugar, a lei confere à mulher grávida uma opção de interromper a gravidez sem punição até às primeiras 10 semanas de gravidez, regulando na al. *e)* do mesmo normativo. O reconhecimento desta possibilidade no âmbito de maternidade de substituição é explicitamente previsto no art. 4.º do DR n.º 6/2017. A existência do contrato de maternidade de substituição não muda a tutela da integridade física e da liberdade físico-psíquica da grávida, razão pela qual não é admissível a renúncia antecipada à possibilidade de interrupção da gravidez⁸⁶. Embora tal contrato não impeça a sua decisão de interrupção da gravidez, como já aludido atrás, a consequência já não é a mesma como a da primeira hipótese, a qual se prende com a segurança da vida da gestante. Neste cenário, sem prejudicar a vida ou a saúde de gestante nem de nascituro, a primeira pode ainda proceder ao aborto, sem assumir o necessário desfecho a nível de responsabilidade penal. No entanto, a nível de Direito Civil, extrai-se a diversa conclusão, visto que a gestante está vinculada a um contrato, a sua conduta — o aborto — tem como efeito a resolução deste. Aqui, estamos perante um arrependimento e por opção voluntária da gestante, expondo-se

⁸⁶ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, cit., p. 119-120.

a responsabilidade civil por incumprimento contratual, hipótese que se coloca no caso de o consentimento ser apenas livremente revogável até ao início dos procedimentos terapêuticos, pois caso o consentimento seja revogável a todo o tempo não há incumprimento contratual por parte da gestante, uma vez que está a exercer o seu direito à livre revogabilidade. Porém, não se afasta o mecanismo da responsabilidade civil, na medida em que poderá ter que indemnizar os pais beneficiários pelos prejuízos por estes sofridos, mas no âmbito da responsabilidade extracontratual.

Por último, no período das primeiras 24 semanas de gravidez, a realização da interrupção da gravidez é admitida e impunível quando é certo que o nascituro sofrerá de doença grave e incurável ou malformação congénita, situando-se na al. c) do art. citado do CP⁸⁷. Neste caso, a gestante pode legalmente optar por abortar, sendo o ato de terminar a vida do nascituro justificável, ao que parece, estamos perante a exclusão da ilicitude deste caso. Contudo, como seria se os pais aceitassem a criança que vier a nascer com malformações ou doenças graves e pretenderem mesmo assim que a gestante leve a gravidez até o fim, e, entretanto, a gestante terminasse a gravidez? Aqui, surgindo um conflito de vontades entre as partes, por base da mesma razão do ponto anterior, a vinculação do contrato de maternidade de substituição, a gestante deveria respeitar a vontade dos pais contraentes e continuar a suportar a gravidez, cumprindo a sua obrigação principal. Senão, verifica-se o incumprimento e logo a responsabilidade civil, a mulher gestante (devedor) seria responsável pelos prejuízos, danos patrimoniais e não patrimoniais⁸⁸, causados aos pais contraentes (credores) por deixar de cumprir a sua

⁸⁷ Para mais desenvolvimento da dificuldade em qualificar uma doença ou malformação como grave para efeitos do art. 142.º do CP, v. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, NUNO BRANDÃO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2.º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 285-286.

⁸⁸ O aborto por parte da gestante configura uma violação do contrato de maternidade de substituição, que tem como efeito a indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados aos pais beneficiários. VERA LÚCIA RAPOSO, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, cit., p. 34.

obrigação, nos termos do previsto no art. 798.º do CC⁸⁹.

Por falar em vontades discordantes entre as partes, existe outra hipótese que é a dos pais contraentes, no caso de o nascituro vir a sofrer inevitavelmente de doença grave e incurável ou malformação congénita, pretenderem cessar a gravidez enquanto a gestante não quer abortar. Assim, surge uma questão interessante que é a de saber qual a solução a este respeito.

A existência do contrato de maternidade de substituição é originada pela vontade dos pais beneficiários na concretização de um projeto parental, assim, se essa vontade de serem pais acabar por desaparecer, a solidariedade e o serviço da gestante tornam-se desprovidos de sentido, acresce que isso não é um capricho deles, mas tem a ver com o bem-estar do nascituro e o desenvolvimento da futura criança, os pais beneficiários devem ter poder de decisão, pelo que a gestante deveria proceder ao aborto, demitindo-se de ser parte deste planeamento familiar. Para evitar esse tipo de litígio eventual, é necessário estipular as cláusulas a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais, previsto no n.º 10 do art. 8.º da LPMA.

Pelo exposto, desaparecendo o motivo que levou à realização daquele contrato, em que uma das partes não pretende continuar o contrato — os pais querem terminar a gravidez enquanto a gestante quer manter a gestação — ambas manifestam a oposição àquela que consentiram no momento da celebração do contrato. Por conseguinte, há lugar para revogação, extinguindo o acordo que tinham celebrado. Mantendo-se a gestação apenas por obstinação da gestante, os pais deixam a posição bem clara de que não pretendem a criança que vier nascer por via do sofrimento que esta iria passar por toda a

⁸⁹ Nesta hipótese, como a criança não chegou a nascer, a falta da personalidade jurídica que lhe impeça obter qualquer direito, tão-pouco o direito ao ressarcimento pela lesão de direitos. Pois, quem é lesado são somente os pais pretendentes. VERA LÚCIA RAPOSO, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”, cit., p. 179.

vida, pois, os últimos não são obrigados a acolher uma criança “defeituosa”^{90,91}, ao passo que a gestante que continua a gestação contra a vontade dos últimos deve assumir a responsabilidade por esta criança. A responsabilização em apreço abrange todas as despesas pagas relativas à gravidez e ainda mais importante, o poder e a responsabilidade paternal daquela criança.

A nosso ver, quanto à primeira questão, as despesas mencionadas anteriormente, os pais beneficiários vão deixar de assumir as despesas respectivas a partir da revogação do contrato. Antes disso, porém, as despesas já realizadas, parece-nos mais razoável que continuem a ser assumidas pelos pais beneficiários, visto que as despesas foram feitas na altura em que a gestante lhes estava a prestar o serviço, ainda no decurso do contrato de gestação de substituição. Quer dizer, a gestante não suporta essas despesas anteriores à revogação do contrato e, se ela tiver suportado alguma despesa às suas expensas, surgirá a obrigação de reembolso das mesmas⁹².

No que concerne à segunda questão, o poder paternal, dado que, de um lado, os pais outorgantes pronunciam-se sobre a desistência do projeto parental, não pretendem exercer o eventual poder paternal sobre a criança na qualidade de pais legais; do outro lado, a gestante deseja manter a criança e assumir tal poder parental sobre ela, não faz muito sentido que essa criança ainda seja tida como filha dos pais beneficiários, como aparece consagrado n.º 7 do art. 8.º da LPMA. Deste modo, havendo lugar para admitir a aplicação

⁹⁰ Acedemos a opinião da autora. Para ela, “*não há mecanismo jurídicos que obrigue os pais — dentro ou fora de um contrato de gestação — a exercer os direitos e deveres parentais contra a sua vontade, muito menos a amar a criança*”. VERA LÚCIA RAPOSO, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”, cit., p. 181.

⁹¹ Assim, reflete-se que o problema e a inconveniência do n.º 7 do art. 8.º da LPMA, não apenas se nega o direito ao arrependimento da mãe gestante, força-se igualmente os pais contraentes a aceitar todas as consequências negativas em função da obstinação da gestante, pois, constituindo mais um argumento no sentido de não defendermos da aplicação deste normativo.

⁹² A nossa visão sobre o problema não é idêntica à da autora, cuja posição é a de que os pais contratantes devem custear tais despesas, mesmo que não desejem manter a criança para si. VERA LÚCIA RAPOSO, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”, cit., p. 179.

da regra geral, nos termos do n.º 1 do art. 1796.º do CC⁹³, quem deu à luz, é considerada mãe da criança. Neste caso quem é considerada mãe legal da criança é a gestante⁹⁴. Tal solução beneficia as duas partes contratuais, e acima de tudo a criança que há-de nascer.

No que à interrupção voluntária da gravidez diz respeito, resta-nos ainda colocar a hipótese da decisão da gestante em abortar após as 10 semanas de gestação e não sofrendo o feto de qualquer doença ou malformação, isto é sem um fundamento razoável, o que a leva necessariamente a incorrer na prática de um ato criminoso, do qual decorre a respetiva responsabilidade penal dado que não se encontra excluída a ilicitude, e inclusivamente responsabilidade civil, com o dever de indemnizar os danos que ao caso couber. Agora saber se há ou não incumprimento contratual decorre da posição quanto à revogabilidade do consentimento da gestante, se este for livre não há incumprimento contratual, se por outro lado estiver temporalmente limitado a gestante poderá incorrer em incumprimento contratual.

2.4.2.3. Recusa da entrega da criança

Por fim, no que toca à recusa a entregar a criança, isto é, a gestante, após o parto, pretende ficar com a criança em vez de a entregar aos pais outorgantes, com o que se comprometeu antecipadamente. Esta questão é a mais importante e sensível de se tratar, o interesse dos pais beneficiários só chega a ser satisfeito quando receberem a criança. Tal como na proposta acima referida, propugnamos pelo direito ao arrependimento da gestante até ao momento da entrega da criança, deste modo, permitiria confirmar a sua vontade e o

⁹³ Art. 1796.º/1 CC: “*Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento (...)*”.

⁹⁴ Na hipótese de haver um arrependimento de ambas as contraentes, os pais beneficiários já não querem a criança enquanto a gestante tem uma atitude oposta, a autora sustenta que a gestante deve poder ficar com a criança, por via da adoção, dado que os beneficiários é que são os pais jurídicos da criança. No entanto, a nosso entender, por que razão não se aproveitar o critério geral de estabelecimento da filiação, consagrando no Direito Civil, que será favorável ao estabelecimento da filiação entre a criança nascida e a gestante. VERA LÚCIA RAPOSO, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”, cit., p. 180.

seu consentimento durante todo o processo, até ao momento final, o da entrega da criança aos pais beneficiários, evitando a violação da sua dignidade humana. Neste caso, será que a gestante poderá alguma vez incorrer num incumprimento?

Reitera-se que as obrigações derivadas do contrato de maternidade de substituição para a gestante são apenas compatíveis com a sua dignidade uma vez que o seu cumprimento corresponde a uma atuação por si voluntariamente assumida enquanto afirmação livre e responsável da sua personalidade. Face ao dilema, comenta Rafael Vale e Reis que “*é tão grave retirar à força a criança da mãe gestante quanto frustrar as expectativas do casal beneficiário*”⁹⁵. Relativamente à possibilidade da execução específica do contrato, embora a LPMA não nos dê a resposta sobre isso, concluiu o T.C. que a execução forçada será uma violação da personalidade e dignidade da gestante⁹⁶. Por isso mesmo, o seu consentimento deve ser assegurado ao longo de todo o processo de gestação, até mesmo ao momento de entrega da criança, com efeito, não havendo lugar a qualquer incumprimento contratual⁹⁷.

O TC entendeu que a revogação do consentimento deve afastar qualquer indemnização, porém, salvo o devido respeito, defendemos que deve haver lugar a uma indemnização. A revogação do consentimento da gestante reporta-se ao contexto da limitação voluntária aos direitos de personalidade da mesma. Por força do art. 81.º do CC, a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, quando legal, é sempre revogável, embora com indemnização dos danos causados às legítimas expectativas da outra parte⁹⁸. Neste caso, a gestante pode revogar o seu consentimento e tem a consequente

⁹⁵ RAFAEL VALE E REIS, *O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal*, 2017, disponível em <https://observador.pt/opiniao/autor/rafaelvr/> (22.04.2020).

⁹⁶ Veja-se o Ac. do TC n.º 225/2018, de 7 de maio, p. 1922-1923.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Sobre esta questão, veja o Parecer n.º 104/CNECV/2019, p. 8, disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-104-cneqv-2019-sobre-a-alteracao-ao-regime-juridico> (23.05.2020). Também veja RITA LABO XAVIER, A constitucionalização do contrato de gestação de

obrigação de indemnizar — por via de responsabilidade extracontratual — os prejuízos causados às legítimas expectativas dos pais beneficiários, particularmente das despesas decorrentes da gravidez. Solução esta confere tutela para além da gestante e à criança nascida, assim como aos pais beneficiários, afigurando-se imparcial na medida em que têm em conta os interesses de todas as partes na relação do contrato de maternidade de substituição⁹⁹.

Capítulo III - Direito comparado

A questão da maternidade de substituição constitui controvérsias não apenas em território nacional, como também nos diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Devido às suas complexidades e sensibilidades, e em conformidade com as circunstâncias distintas da sociedade de cada país, encontram-se soluções diferentes a este respeito, em princípio, dividem-se em duas grandes categorias — a da permissão e da proibição. Tendo em consideração a declaração da inconstitucionalidade do art. 8.º da LPMA¹⁰⁰, é sensato e conveniente consultar e aprender dos outros países. Com efeito, a seguir, analisaremos os outros sistemas jurídicos sobre a matéria.

3.1. Ordenamento jurídico permissivo

3.1.1. Reino Unido

Desde 1985, o Reino Unido é um dos países que mais cedo tem regulado a matéria da

substituição e a traição das imagens: “isto não é uma gestação de substituição”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2019, p. 356.

⁹⁹ Embora o trabalho de suportar a gravidez pela gestante seja incontestavelmente árduo e arriscado, por parte do casal beneficiário, há também esforços no projeto parental se o embrião é produzido a partir do material genético da beneficiária, submetidos aos processos terapêuticos desgastantes, dolorosos e custosos. ESTRELA CHABY, *ob. cit.*, p. 72.

¹⁰⁰ Foi declarado inconstitucional quase todo este art. 8.º, apenas com a exceção dos n.ºs 1, 5, 6 e 9.

maternidade de substituição, cujas disposições são *Surrogacy Arrangements Act 1985* (SAA) e *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* (HFEA).

Nos termos de SAA, permite-se a atividade de gestação de substituição, de modo não lucrativo¹⁰¹, pois, não se proíbe apenas qualquer pagamento entre as partes do contrato respetivo, também como se veda qualquer propaganda relativa à negociação desse contrato numa base comercial. A este propósito, Portugal partilha a mesma posição.

No entanto, a regra relativa à disposição de estabelecimento da filiação já não é idêntica. De acordo com o n.º 1 do art. 33.º de HFEA, ninguém salvo a mulher que carregue a criança no seu seio será tratado como mãe da criança¹⁰². Quanto à paternidade, se a gestante for casada, o seu marido ou companheiro de união de facto será considerado como pai da criança; ao passo que se ela for solteira, o pai legal será o pai intencional (*intended father*) que tem a ligação genética com a criança¹⁰³, ou caso a criança tenha sido concebida com o material genético de um dador não será estabelecida qualquer paternidade.

Ao adquirir a parentalidade do recém-nascido, a gestante apenas pode dar o consentimento seis semanas após parto¹⁰⁴, os pais intencionais (*intended parents*) precisam de intentar uma ação pedir ao tribunal um *parental order*¹⁰⁵, sendo posteriormente

¹⁰¹ Contudo, o razoável pagamento cobrado, tanto pelo advogado para o conselho jurídico como pela agência sem fins lucrativos para a informação em causa, o serviço de triagem de gestante potencial, o serviço de encontro, o controlo de registo criminal e exame físico para a gestante, são despesas necessárias para a gestação a levar a cabo, as quais não contrariam a regra da gratuitidade. KIRSTY HORSEY, “The history and potential future of UK surrogacy laws”, in *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, MARIA JOÃO ANTUNES, MARGARIDA SILVESTRE (coord.), Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2018, p. 12-13.

¹⁰² HFE section 33 (1): “The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child”.

¹⁰³ Cfr. os artigos 36.º a 38.º de HFE.

¹⁰⁴ HFE section 54 (6a), (7) e 54 (5a), (6), “... the woman who carried the child ... freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order”.

¹⁰⁵ Os pais intencionais solicitam ao tribunal após o nascimento da criança a fim de serem reconhecidos como pais legais, desde que sejam satisfeitos os requisitos determinados. Sobre os requisitos, veja CLAIRE FENTON-GLYNN, “Surrogacy in England and Wales”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 125.

transferida a filiação da gestante aos últimos (*intended parents*), e abolida toda a relação entre a criança e a mãe gestante, e consequentemente entre a criança e o marido ou companheiro desta, passando os pais intencionais a serem os pais legais da criança¹⁰⁶. Petição essa que apenas poderia ser intentada por casais heterossexuais, porém, desde 2010, pode igualmente ser intentada pelos casais homossexuais. Em janeiro de 2019, com a última alteração de HFEA, plasmando no art. 54A, uma aplicação de *parental order* pode ser concretizada por uma pessoa em vez de duas, por outras palavras, a possibilidade do recurso à maternidade de substituição estende-se agora às pessoas solteiras.

Atendendo que HFE dispõe uma limitação temporal em relação à petição de *parental order*, o qual é imperioso ser intentado dentro de seis meses a contar do dia em que a criança haja nascido¹⁰⁷. Embora a Lei assim regule, na prática, há casos em que esta regra não se cumpre, por meio do processo judicial, e o *parental order* foi atribuído aos requerentes — os pais intencionais¹⁰⁸.

Cumpra realçar que o contrato de maternidade de substituição é autorizado, mas quando algo não correr bem no contrato, por exemplo, a gestante no fim recusa-se a entregar a criança aos pais beneficiários, ninguém pode exigir uma execução judicial^{109,110}.

Curiosamente, o Gabinete de Registo Geral inglês faz um bom trabalho no sentido de preservar a informação sobre as origens da criança. Pois em regra, a gestante é registada como mãe legal, até os pais intencionais conseguirem obterem o *parental order*, o assento de nascimento da criança será substituído pelo novo, demonstrando que eles serão pais

¹⁰⁶ AMEL ALGHRANI e DANIELLE GRIFFITHS, *The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform*, 2017, disponível em <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402> (19.04.2020).

¹⁰⁷ HFE section 54 (3): “*Except in a case falling within subsection (1), the applicants must apply for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born*”.

¹⁰⁸ O autor demonstrou dois casos em que apesar de os pedidos de *parental order* terem sido propostos 2 anos e 2 meses e 1 ano e 11 meses respetivamente depois do nascimento da criança, os dois pedidos foram outorgados. AMEL ALGHRANI e DANIELLE GRIFFITHS, *ob. cit.*, p. 13-14.

¹⁰⁹ HFE section 1A: “*No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it*”.

¹¹⁰ CLAIRE FENTON-GLYNN, *ob. cit.*, p. 118-122.

legais ao invés da gestante, simultaneamente, assento esse será anotado a identidade da mulher gestante. Quando a criança atingir 18 anos, terá acesso à certidão de nascimento original, e assim será capaz de descobrir a identidade da gestante¹¹¹.

Nesta matéria, e ao longo de 35 anos pouco tem sido mudado as leis inglesas, havendo várias vozes críticas a essa estagnação e a apoiar a atualização da lei em causa, para refletir a realidade de sub-rogação. Recentemente, o governo inglês tem-se dedicado à reforma da lei respectiva, cujo projeto foi elaborado em 2018 e terá o relatório final provavelmente em 2021¹¹².

Aproveitamos ainda para colocar, resumidamente, alguns pontos mais inspirativos em relação à reforma inglesa.

Em primeiro lugar, sob uma via nova para a parentalidade, os pais intencionais deixaram de instaurar um processo judicial para a aquisição do estatuto de pais legais, mas antes deveriam ser reconhecidos automaticamente como pais legais da criança desde logo no momento do seu nascimento quando possível. Por seu turno, a gestante teria um direito de oposição a esse respeito, sendo-lhe dado um período de reflexão para contradizer o estatuto conferido aos pais intencionais, assim, a gestante voltaria a ter a parentalidade daquela criança, restando ao tribunal decidir de acordo com o interesse primordial da criança¹¹³.

Em segundo lugar, nos casos nacionais, seria aconselhável retirar o requisito da ligação genética entre os pais intencionais e a criança, isso abriria a porta às pessoas que tivessem de recorrer aos gâmetas de outrem, sendo que não conseguiriam utilizar os seus próprios gâmetas por razões de saúde¹¹⁴.

¹¹¹ CLAIRE FENTON-GLYNN, *ob. cit.*, p. 129.

¹¹² STEPHEN R. LATHAM, *The United Kingdom Revisits Its Surrogacy Law*, 2020, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/hast.1076> (20.04.2020).

¹¹³ STEPHEN R. LATHAM, sugere que o tempo de reflexão pode ser 60 dias, *ob. cit.*, p. 2.

¹¹⁴ Contudo, nos casos internacionais, este requisito deveria ser guardado para prevenir o tráfico das crianças.

Por último, convinha estabelecer um sistema de registo de modo a proteger o direito à informação das crianças geradas por via do recurso à prática de maternidade de substituição sobre as suas origens, sobretudo a identidade de gestante e dador do gâmeta¹¹⁵.

3.1.2. Estados Unidos de América — Califórnia

Sendo os Estados Unidos da América (EUA) bem reconhecido como um país com graus muito elevados no sentido de liberdade, faz com que tenhamos curiosidade em saber o seu regime jurídico sobre a maternidade de substituição.

Cada Estado dos EUA tem o seu próprio sistema jurídico¹¹⁶, pelo que nos limitamos a uma referência ao estado de Califórnia, sendo o Estado mais amigável em relação à maternidade de substituição no país, não só a possibilita, até mesmo se permite a de modo comercial. Consequentemente, este Estado é sempre o mais escolhido por quem pretende o recurso à maternidade de substituição, não só para os americanos de outros Estados como também para as pessoas que vêm de todo o mundo. Logo, debruçarmos sobre o seu regime.

Desde a década de 80, apesar de a lei escrita da Califórnia ser vazia sobre a maternidade de substituição, o certo é que, mesmo não existindo regras inequívocas acerca dos acordos de gestação, estes poderiam ser celebrados validamente entre os particulares, desde que não envolvessem tráfico de bebés. Isto é, as partes tinham o direito de celebrar os contratos que lhes aprovessem, sem grandes limites ou restrições. Embora faltasse o direito positivo a este respeito, durante esses anos, os tribunais tinham estabelecido um

STEPHEN R. LATHAM, *ob. cit.*, p. 2.

¹¹⁵ LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, “*Building families through surrogacy: a new law (summary of consultation paper)*”, 2019, disponível em <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2019/06/Surrogacy-summary.pdf> (20.04.2020).

¹¹⁶ Alguns Estados proibem enquanto outros Estados permitem. Todavia, mesmo entre os vários Estados adotam a mesma posição, os regimes judiciais de cada Estado não são idênticos. Diferem no que diz respeito aos tipos de gestação de substituição permitidos (tradicional ou gestacional), ou no que se refere aos tipos de pagamentos permitidos (remuneração ou apenas compensação), etc.

conjunto estável de critérios de julgamento, pois, a jurisprudência passou a ter o papel de diretriz.

Sendo digno de nota, entre as quais, as três mais influentes decisões judiciais ao longo de história de maternidade de substituição na Califórnia.

A primeira decisão judicial reconhecida “*Johnson v. Calvert*”¹¹⁷ teve lugar em 1993, na qual o Supremo Tribunal da Califórnia, por um lado, reconheceu a legitimidade do contrato de maternidade de substituição, simultaneamente, reiterou que a relevância da intenção resultante desse contrato, cujo elemento mais decisivo foi a vontade das partes no momento de celebração do contrato. Por isso mesmo, os pais comitentes (*commissioning parents*) deviam ser tidos como os pais legais, mas não a portadora (*surrogate carrier*). Por outro lado, o tribunal constatou que a portadora nunca teve nenhuma expectativa de que iria criar a criança como sua, na medida em que ela se comprometeu a prestar o serviço de gestação. Assim, este caso julgado fortaleceu a confiança de quem está a recorrer a essa prática em causa.

Após um ano do último caso, surgiu a segunda decisão judicial, identificada “*In re Marriage of Moschetta*”¹¹⁸, cujo Tribunal de Apelação da Califórnia decidiu a atribuição do poder paternal de uma criança gerada através do contrato da sub-rogação (*surrogacy*) tradicional depois do divórcio dos pais comitentes. O Tribunal afirmou que o marido, sem grande dúvida, foi o pai legal da criança visto que ele foi o pai genético. Além disso, observou o tribunal que o caso em jogo divergiu do último caso “*Johnson v. Calvert*” e defendeu que, deveria ser à mãe de substituição que deveria ser concedido o estatuto de mãe legal, uma vez que foi simultaneamente a mãe gestacional e genética, provindo do seu

¹¹⁷ Cfr. case law, *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993), disponível em <https://libraryguides.law.pace.edu/c.php?g=452971&p=3156883> (27.04.2020).

¹¹⁸ Cfr. case law, *In re Marriage of Moschetta*, 25 Cal. 4th 1218 (1994), disponível em <https://libraryguides.law.pace.edu/c.php?g=452971&p=3156883> (28.04.2020).

útero e óvulo.

Em 1998, decorreu a terceira decisão judicial, descrita “*In re Marriage of Buzzanca*”¹¹⁹. O Tribunal de Apelação da Califórnia reverteu a decisão do Tribunal da primeira instância de que a criança não tinha nenhuns pais legais, porquanto tanto os pais comitentes como a gestante não tinham qualquer relação genética com a criança. Por sua vez, sustentou o Tribunal de Apelação que os pais comitentes seriam os pais legais daquela criança, pois foram eles que desejaram a gestação e o nascimento daquela criança. O consentimento do casal mostrado no contrato de maternidade de substituição tornou-os pais legais da criança, que não teria nascido sem a iniciação do projeto familiar deles.

Assim, o regime foi correndo bem há algumas décadas, até ao surgimento de um incidente, chamado “*baby-selling ring*”¹²⁰, que surgiu porque duas advogadas e uma gestante experiente aproveitaram-se das lacunas existentes nos regimes relativos à maternidade de substituição na Califórnia e Ucrânia. Por um lado, recrutaram as mulheres americanas e canadianas que serviriam alegadamente como gestantes, que voavam para a Ucrânia, onde a implantação de embriões pode ser efetuada sem necessidade de nenhuma prova de um contrato de gestação de substituição, a sujeitarem a implantação com embriões doados. Para além disso as advogadas pré-datavam os contratos de maternidade de substituição onde dissimularam que as crianças foram os frutos de acordos que entraram em vigor no momento da conceção, quando encontraram os pais potenciais que desejaram “adotar” uma criança. Contudo, na verdade, os pais potenciais estavam a pagar para comprar uma criança, sendo efetivamente os negócios em jogo entre eles de tráfico de seres humanos.

¹¹⁹ Cfr. case law, *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. 4th 1410 (4th Dist. 1998), disponível em <https://libraryguides.law.pace.edu/c.php?g=452971&p=3156883> (28.04.2020).

¹²⁰ SEEMA MOHAPATRA, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States*, 2015, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2617899 (28.04.2020).

Com o intuito de evitar casos de venda de crianças como o supramencionado, uma nova lei — A.B. 1217 — foi aprovada em 2012¹²¹. Incumbe, aqui, apontar que a nova lei tão-só permite a preparação ou ao procedimento de transferência de embriões quando há a plena celebração e autenticação do contrato de maternidade de substituição, que está plasmada no art. 7962.º/d¹²². A importância da autenticação do contrato é refletida em parentesco no processo da confirmação dos direitos parentais, uma vez concluído este processo, serão mostrados como pais legais no assento de nascimento da criança¹²³.

Outrossim, vemos que o grau elevado da liberdade é garantido através dos termos do art. 7960.º/c, uma pessoa individual, casado ou não, pode ser um pai/mãe comitente, desde que manifeste a vontade de ser legalmente vinculado como o/a pai/mãe de uma criança resultante da reprodução medicamente assistida¹²⁴, e na boa verdade, a Lei da Califórnia não prevê nenhum requisito sobre quem pode entrar num contrato de maternidade de substituição, assim que seja legalmente capaz de celebrar contrato¹²⁵.

Verifica-se a regulação a este propósito no Direito da família, embora não seja com muito pormenor, o que, no nosso entendimento, representa que o governo da Califórnia propende a interferir o mínimo possível, deixando um amplo espaço de margem de negociação e os termos dessa negociação para os particulares. O art. 7962.º/a dispõe os elementos mínimos e necessários a serem incluídos no contrato de maternidade de

¹²¹ Veja Assembly Bill n.º 1217, na redação dada pelas AB 1049 e AB 1817, disponível em https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article= (28.04.2020).

¹²² The California Family Code, section 7962/d: “*The parties to an assisted reproduction agreement for gestational carriers shall not undergo an embryo transfer procedure, or commence injectable medication in preparation for an embryo transfer for assisted reproduction purposes, until the assisted reproduction agreement for gestational carriers has been fully executed as required by subdivisions (b) and (c) of this section*”.

¹²³ NAOMI CAHN e JUNE CARBONE, “Surrogacy in the United States of America”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 324-325.

¹²⁴ The California Family Code, § 7960/c: “*“Intended parent” means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction*”.

¹²⁵ NAOMI CAHN e JUNE CARBONE, *ob. cit.*, p. 325.

substituição, dos quais, sublinhamos um elemento prático que é a divulgação do modo pelo qual os pais comitentes cobrirão as despesas médicas da portadora e do recém-nascido, destarte para proteção da saúde de ambos¹²⁶.

Por falar da tutela para a gestante, o art. 7961.º estende-se a proteção ao tratamento dos fundos designados à gestação, exigindo o depósito dos montantes para uma conta caucionada, a fim de evitar que a gestante não receba nada após o seu serviço concretizado¹²⁷.

Do exposto resulta que a Califórnia continua a ser um dos destinos mais populares para o recurso à maternidade de substituição, particularmente depois de alguns países do sudeste asiático, tal como a Índia, a Tailândia e o Nepal¹²⁸, que nunca mais deram acesso à maternidade de substituição para os estrangeiros.

3.1.3. Índia

Devido aos custos muitos reduzidos, à abundância de mulheres gestantes e à ausência da regulação sobre a maternidade de substituição, a Índia foi reconhecida como o paraíso da gestação de substituição para os pais beneficiários. Por seu turno, o número de problemas atinentes aos contratos de gestação de substituição estava a multiplicar-se à medida que mais pessoas com problemas de infertilidade vinham pedir ajuda às gestantes

¹²⁶ The California Family Code, §7962 (a) “An assisted reproduction agreement for gestational carriers shall contain, but shall not be limited to, all of the following information:

(1) The date on which the assisted reproduction agreement for gestational carriers was executed.

(2) The persons from which the gametes originated, unless donated gametes were used, in which case the assisted reproduction agreement does not need to specify the name of the donor but shall specify whether the donated gamete or gametes were eggs, sperm, or embryos, or all.

(3) The identity of the intended parent or parents.

(4) Disclosure of how the intended parents will cover the medical expenses of the gestational carrier and of the newborn or newborns. If health care coverage is used to cover those medical expenses, the disclosure shall include a review of the health care policy provisions related to coverage for surrogate pregnancy, (...).”

¹²⁷ The California Family Code, §§ 7961/a: “A nonattorney surrogacy or donor facilitator shall direct the client to deposit all client funds into either of the following: (1) An independent, bonded escrow depository maintained by a licensed, independent, bonded escrow company. (2) A trust account maintained by an attorney”.

¹²⁸ A maternidade de substituição foi proibida para estrangeiros em 2015 na Índia, na Tailândia e no Nepal.

neste país, particularmente desde a legalização deste tipo de contrato em 2002. No entanto, em 2005, o Conselho Indiano de Pesquisa Médica sentiu a necessidade de controlar este fenómeno, pois, emitiu certas orientações para regular a prática da maternidade de substituição, porém, esta emissão não teve o efeito pretendido¹²⁹.

Mais tarde, surgiram outras tentativas de regularização quanto à gestação de substituição, tal sucedeu com o *Assisted Reproduction Technology (ART) Bill* 2008¹³⁰, 228^a Relatório da Comissão de Direito 2009¹³¹, *ART Bill* 2010¹³², *ART Bill* 2013¹³³, *Art Bill* 2014¹³⁴, infelizmente, foram tudo em vão, já que não passaram de tentativas que não conseguiram implementação.

Apesar das tentativas de regularização da maternidade de substituição terem sido de alguma forma frustradas, o governo indiano tentou controlar esta situação por meio administrativo, o que fez com que o espaço a este propósito se fosse tornando cada vez mais apertado. A mais considerável mudança em relação à prática de maternidade de substituição foi a nova regra da aplicação do visto de estadia temporária para tratamento médico, a partir de julho de 2012, limitando exclusivamente aos casais heterossexuais a

¹²⁹ NIKITA KAUSHIK, *Law in Surrogacy*, in *Indian Journal of Health & Medical Law*, julho 2019, disponível em <http://lawjournals.stmjournals.in/index.php/ijhml/article/view/296> (29.04.2020). O autor mencionou que “the Indian Council of Medical Research (ICMR) issued National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART clinics in India in 2005, but the guidelines are legally non-binding”.

¹³⁰ Veja-se em https://www.prsindia.org/uploads/media/vikas_doc/docs/1241500084~~DraftARTBill.pdf (03.05.2020).

¹³¹ O 288^a relatório tem a designação como “Need For Legislation To Regulate Assisted Reproductive Technology Clinics As Well As Rights And Obligations Of Parties To A Surrogacy.”, disponível em <https://www.latestlaws.com/library/law-commission-of-india-reports/law-commission-report-no-228-need-legislation-regulate-assisted-reproductive-technology-clinics-well-rights-obligations-parties-surrogacy/> (03.05.2020).

¹³² Infelizmente, não conseguimos encontrar o texto original de *ART Bill* 2010, mas ainda podemos estudar alguns pontos salientados sobre este diploma através o site a seguir, disponível em http://www.communityhealth.in/~commun26/wiki/images/0/0d/Sama_ART_Bill_Policy_Brief_2010.pdf (03.05.2020).

¹³³ Ao contrário dos projetos anteriores, este projeto foi mantido confidencial, pelo que não temos acesso. SHAIKH AHMAD, “The controversial surrogacy laws in India and worldwide legal jurisdictions regarding it”, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561461&download=yes (03.05.2020).

¹³⁴ Veja-se em <http://blog.indiansurrogacylaw.com/wp-content/uploads/2014/10/Surrogacy-Bill-2014.pdf> (03.05.2020).

aceder essa prática¹³⁵.

Ademais, em 2015, a porta para a maternidade de substituição para os estrangeiros foi fechada, na medida em que nenhum visto será emitido para quem pretender visitar a Índia com o intuito de recorrer a esta prática de procriação¹³⁶.

Até *Surrogacy (Regulation) Bill 2016*¹³⁷, que acabou por ser aprovado em dezembro de 2018, a qual trouxe finalmente a vinculação aos envolvidos do contrato de maternidade de substituição. A alteração mais significativa foi a proibição, sob todas as formas, deste tipo de contrato com a natureza comercial, enquanto tal contrato com uma natureza altruística se mantém possível. Esta decisão drástica causou um enorme impacto no turismo reprodutivo da Índia. Ainda mais, estipulando restrições sobre o facto de a gestante ter que ser próxima do casal que pretende gerar um filho com recurso a essa prática, e a gestante só o possa ser uma vez na sua vida, enquanto, claro está, gestante de substituição, reduzindo consideravelmente a disponibilidade de gestantes. Outra característica acentuada é que para além dos casais heterossexuais casados¹³⁸, as restantes categorias de pessoas, tais como casais que vivem em união de facto, os indivíduos solteiros, os casais homossexuais, tudo estão proibidas de recorrer à maternidade de substituição.

Não obstante, o governo indiano não parou por aqui, ao contrário, implementou a *Surrogacy (Regulation) Bill 2019*¹³⁹ para aperfeiçoar a lei última. Com o objetivo de oferecer mais tutelas à gestante, a parte vulnerável no contrato, *Bill 2019* preceituou que

¹³⁵ Mais requisitos impostos pelo Ministério da União de Assuntos Internos para os estrangeiros ao aplicar um visto medicinal destinado à maternidade de substituição, por exemplo, os casais heterossexuais têm que ser casados por um período, pelo menos, de dois anos, para serem concedidos os vistos para o efeito. Cfr. <https://indianembassy-moscow.gov.in/consular-general-information.php> (03.05.2020).

¹³⁶ A nova regra sobre a emissão do visto entrou em vigor no dia 3 de novembro de 2015, vejamos *Guidelines for Commissioning of Surrogacy in India*, disponível em <https://www.cgisf.gov.in/page/guidelines-for-commissioning-of-surrogacy-in-india/> (03.05.2020).

¹³⁷ Veja-se em <https://www.prsindia.org/billtrack/surrogacy-regulation-bill-2016> (02.05.2020).

¹³⁸ Sobre os requisitos de serem pais beneficiários, veja-se na secção 4(iii)(c) de *Surrogacy (Regulation) Bill 2016*, designadamente o casal beneficiário é cidadão indiano cujo casamento demora mais de 5 anos, e ainda não tem nenhum filho, a menos que o filho tenha sido vítima de doença incurável.

¹³⁹ Cfr. <https://www.prsindia.org/billtrack/surrogacy-regulation-bill-2019> (02-05.2020).

ela tem que estar protegida por um seguro por um período de 16 meses, fortalecendo a sua proteção mesmo para um pequeno período após o parto.

Recentemente, conseguimos encontrar notícias sobre o projeto de *Surrogacy (Regulation) Bill 2020*¹⁴⁰, onde o governo da Índia tende a introduzir novas alterações a fim de omitir a deficiência existente em anterior *Surrogacy Bill*. Por consequência, propõe-se que o período de seguro já referido devia ser aumentado de 16 para 36 meses, para salvaguardar ao máximo as gestantes. Do mesmo modo, além das mulheres inférteis, sugeriu-se que as mulheres divorciadas e as viúvas também possam recorrer à maternidade de substituição.

Em face do exposto, hodiernamente, a Índia deixa de ser o centro mundial de maternidade de substituição. Embora esta prática, desde que altruísta, seja legal, com tantas restrições e cada vez mais rigorosas, passou a ser difícil até para os próprios indianos o recurso à esta prática, mais ainda, por maioria de razão, para os estrangeiros.

3.2. Ordenamento jurídico proibitivo

3.2.1. Alemanha

Como muitos países europeus, a Alemanha toma uma posição contra a atividade da maternidade de substituição, quer gratuita quer onerosa. Desde logo tal oposição é confirmada indiretamente no Código Civil alemão, § 1591 BGB aponta que a mãe de uma criança é a mulher que a deu à luz¹⁴¹. Assim, a gestante será a mãe legal da criança gerada em sede de uma maternidade de substituição, negando o lugar da mãe pretendente.

Concomitantemente, verificam-se duas leis regulam esta prática que são

¹⁴⁰ O Gabinete da União aprovou *Surrogacy (Regulation) Bill 2020*, disponível em <https://www.thehindu.com/news/national/cabinet-clears-surrogacy-regulation-bill/article30921456.ece> (03.05.2020).

¹⁴¹ Encontra-se referida no BGB, “*Section 1591 Maternity: The mother of a child is the woman who gave birth to it*”, disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf (05.05.2020).

Embryonenschutzgesetz ou *Embryo Protection Act*¹⁴² e *Adoptionsvermittlungsgesetz* ou *Adoption Placement Act*¹⁴³.

Através do estudo da primeira Lei, *Embryo Protection Act*, podemos extrair reflexamente a ideia da proibição da maternidade de substituição, que é consagrada nos termos de § 1 I no. 7 desta Lei¹⁴⁴. Notando que quem realizar fertilização artificial a uma mulher que depois abandone a criança após o parto e a entregue permanentemente aos pais beneficiários (*ordering parentes*), será punido com pena de multa ou pena de prisão até 3 anos. Neste contexto, está a fazer a referência aos médicos que realizam os atos médicos necessários à utilização desta técnica de PMA. No entanto, consoante § 1 III n.os 2 da mesma Lei¹⁴⁵, a gestante e a pessoa que deseje tomar conta da criança a longo prazo, não serão criminalizados.

Quanto à segunda Lei, *Adoption Placement Act*, dispõe no mesmo sentido, proíbe a gestante de desistir do poder paternal da criança que dá à luz e de contribuir para a adoção a favor dos pais beneficiários, conforme § 5 III e §13c deste diploma¹⁴⁶. Outrossim, veda as atividades da intermediação em relação à ligação entre a gestante e os pais beneficiários, tal como as propagandas¹⁴⁷. A infração desta regra é punida com uma pena de multa ou

¹⁴² The Embryo Protection Act (*Embryonenschutzgesetz – ESchG*) of 13th Dec. 1990, disponível em https://www.rki.de/SharedDocs/Gesetzestexte/Embryonenschutzgesetz_englisch.pdf?__blob=publicationFile (06.05.2020).

¹⁴³ Adoption Placement Act (*Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG*), disponível em <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=766> (06.05.2020).

¹⁴⁴ Embryo Protection Act, “*Section 1 Improper use of reproduction technology (1) Anyone will be punished with up to three years imprisonment or a fine, who: 7. attempts to carry out an artificial fertilisation of a woman who is prepared to give up her child permanently after birth (surrogate mother) or to transfer a human embryo into her*”.

¹⁴⁵ Embryo Protection Act, Section 1, (3) “*2. in the case of paragraph 1, number 7, the surrogate mother and likewise the person who wishes to take long-term care of the child*”.

¹⁴⁶ Adoption Placement Act, “*Section 5 – Bans on placement (3) It shall be prohibited to cause pregnant women, who have their residence or habitual abode within the reach of this Act, by commercially granting them or enabling them to give birth outside of the reach of this Act, and 1. to give away their children for adoption there; 2. to help them with such an action*”; Section 13c: “*The placement of surrogate mothers shall be prohibited*”.

¹⁴⁷ Adoption Placement Act, Section 13d: “*It shall be prohibited to seek or offer surrogate mothers or ordering parents by public statement, in particular by advertisements in newspapers or in newspaper reports*”.

com pena de prisão até 3 anos, em função de se terem obtido benefícios ou de ter agido numa base comercial, nos termos do consagrando em § 14b, I-II da mesma Lei¹⁴⁸. Por sua vez, na natureza da atividade da maternidade de substituição, tanto altruística como comercial, a gestante e os pais beneficiários são isentos de qualquer responsabilidade penal, nos termos do § 14b, III da mesma Lei¹⁴⁹.

Ora, o contrato de maternidade de substituição nunca será efetivo, sendo a gestante e o seu potencial parceiro pais legais. Ao nascer enfim uma criança por meio deste contrato, a única solução para os cônjuges beneficiários obter o poder paternal é através do processo de adoção. Para tal efeito, são indispensáveis o consentimento dos pais legais (§1747 BGB) e a necessidade para o interesse superior da criança (§1741/1 BGB)¹⁵⁰.

No fundo, a Alemanha proíbe absolutamente esta prática, por meio da aplicação das sanções acima mencionadas, particularmente são os profissionais de saúde e os intermediários que vão enfrentar as penas, procurando ameaçar ou dissuadir esses dois grupos de pessoas a não auxiliar nem a promover o fenómeno da maternidade de substituição, no sentido de afastar as pessoas de recorrer esta prática.

3.2.2. Estados Unidos de América – Nova Iorque

Como dissemos anteriormente, o regime jurídico em relação à maternidade de substituição nos EUA difere em cada Estado. Agora, apresentamos o outro Estado americano sobre esta questão que toma a postura distinta da do Estado da Califórnia.

¹⁴⁸ Adoption Placement Act, “Section 14b—Penal provisions against the placement of surrogate mothers: (1) Any person who performs a placement of surrogate mothers in opposition to section 13c shall be punished by imprisonment up to one year or by a fine; (2) Any person who gains or has promised a pecuniary benefit for the placement of a surrogate mother shall be punished by imprisonment up to two years or by a fine. If the offender acts on a commercial basis, this act shall be under a penalty of imprisonment of up to three years or by a fine”.

¹⁴⁹ Adoption Placement Act, Section 14b: “(3) In the case of sub-sections 1 and 2, the surrogate mother and the ordering parents shall not be punished”.

¹⁵⁰ ANATOL DUTTA, “Surrogacy in Germany”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 45.

Nova Iorque, é um dos quatro Estados dos EUA que ainda proíbe a celebração do contrato de gestação de substituição, cuja definição podemos encontrar em “*New York Domestic Relations Law (NY DRL)*”, § 121, n.º 4, contemplando que o contrato em que uma mulher concorda tanto em ser inseminada com espermatozoides de um homem que não é o seu marido, quanto a que lhe seja engravidada pelo embrião que é o produto de um óvulo fertilizado com o espermatozóide de um homem que não é o seu marido, e consente na adoção da criança gerada em resultado dessa inseminação ou impregnação¹⁵¹, independentemente da forma da celebração deste contrato, é considerado nulo e inexecutável, na medida em que é contrário à ordem pública deste estado, conforme § 122 da mesma Lei¹⁵².

Ao contrário da regulação alemã, *NY DRL* § 123 n.º 2 dispõe que todos contraentes estão sujeitos a que lhe seja aplicada uma pena civil até quinhentos dólares. No que concerne a quem organizar ou prestar ajuda por razão comercial ser-lhe-á aplicada uma pena até dez mil dólares e apreendido tudo que tenha ganho com a prestação desse serviço¹⁵³. Quando se trata de infração reincidente, o montante da pena a aplicar será mais elevado¹⁵⁴.

Face a qualquer conflito entre os contratantes, em matéria do estatuto ou poder

¹⁵¹ NY DRL Article 121-4. “(a) a woman agrees either to be inseminated with the sperm of a man who is not her husband or to be impregnated with an embryo that is the product of an ovum fertilized with the sperm of a man who is not her husband; and (b) the woman agrees to, or intends to, surrender or consent to the adoption of the child born as a result of such insemination or impregnation”, disponível em <https://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/dom-sect-121.html> (07.05.2020).

¹⁵² NY DRL Article 122: “Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable”.

¹⁵³ NY DRL Article 123-2. “(a) A birth mother or her husband, a genetic father and his wife, and, if the genetic mother is not the birth mother, the genetic mother and her husband who violate this section shall be subject to a civil penalty not to exceed five hundred dollars”.

¹⁵⁴ NY DRL Article 123-2. “(b) Any other person or entity who or which induces, arranges or otherwise assists in the formation of a surrogate parenting contract for a fee, compensation or other remuneration or otherwise violates this section shall be subject to a civil penalty not to exceed ten thousand dollars and forfeiture to the state of any such fee, compensation or remuneration in accordance with the provisions of subdivision (a) of section seven thousand two hundred one of the civil practice law and rules, for the first such offense. Any person or entity who or which induces, arranges or otherwise assists in the formation of a surrogate parenting contract for a fee, compensation or other remuneration or otherwise violates this section, after having been once subject to a civil penalty for violating this section, shall be guilty of a felony”.

parental quanto ao recém-nascido, *NY DRL* § 124 n.º 1 aponta inequivocamente que o contrato não muda a identificação da gestante como mãe biológica da criança, daí, não prejudicará os seus direitos e deveres parentais¹⁵⁵.

A postura de oposição à maternidade de substituição tem-se mantido há várias décadas em Nova Iorque, todavia, tal chegará ao fim em 15 de fevereiro de 2021. Com a muito recente aprovação de *Child-Parent Security Act (CPSA)*, em abril de 2020, a maternidade de substituição (gestacional) será legalizada no ano que vem. Aceitando-se ainda a forma comercial do contrato de maternidade de substituição, o que demonstra uma mudança enorme e um avanço magnífico, da proibição para a aceitação de um contrato oneroso. A partir daí, as pessoas poderão celebrar o contrato remunerado. Aqui, o mais importante para os pais beneficiários é a garantia de que a relação parental será legalmente estabelecida assim que a criança nascer. A nova Lei¹⁵⁶ a par de proporcionar uma maior segurança aos pais beneficiários, também tutela a parte da mulher gestante, por meio do direito exclusivo a tomar decisões relacionadas com a gravidez, tal como sucede com a cesariana. Adicionalmente, será conferido um seguro de vida e um de saúde, cuja cobertura é alargada a doze meses após o parto, pago pelos pais beneficiários. Assim, a criança nascida na sequência do contrato de maternidade de substituição nunca estará na situação de dúvida quanto ao estabelecimento da paternidade que em último caso levaria à situação de não ter pais e o bem-estar dela é garantido na medida em que os pais serão responsáveis legal e economicamente por ela.

¹⁵⁵ NY DRL Article 124-1. “*In any action or proceeding involving a dispute between the birth mother and (i) the genetic father, (ii) the genetic mother, (iii) both the genetic father and genetic mother, or (iv) the parent or parents of the genetic father or genetic mother, regarding parental rights, status or obligations with respect to a child born pursuant to a surrogate parenting contract:*

1. the court shall not consider the birth mother's participation in a surrogate parenting contract as adverse to her parental rights, status, or obligations”.

¹⁵⁶ Em virtude de ainda não ter sido publicada a nova Lei (*Child-Parent Security Act - CPSA*), embora já tenha sido aprovada em 2 de abril de 2020, não temos o acesso do seu texto completo neste momento. No entanto, podemos observar os conteúdos principais a este respeito no site seguinte, disponível em <https://www.familyequality.org/resources/child-parent-security-act-new-york/> (08.05.2020).

Em suma, até ao momento em que escrevemos, de acordo com a lei vigente em Nova Iorque, a prática da maternidade de substituição continua a ser proibida, porém, num futuro próximo, a mudança de regime será radical e passará da proibição da maternidade de substituição à sua admissibilidade e até da forma onerosa, pelo que os pais beneficiários verão finalmente a luz no fim do túnel.

3.2.3. China¹⁵⁷

Apesar da ausência de uma lei específica quanto à maternidade de substituição, a atitude adotada na China a este respeito, do ponto da vista factual, não é ambígua, sendo esse tipo de contrato ilegal. Desde 2001, têm sido regras departamentais que proíbem a prática da gestação de substituição, tais como Medidas Administrativas para a Tecnologia de Reprodução Humana Assistida (人類輔助生殖技術管理辦法), Normas de Técnicas de Reprodução Assistida (人類輔助生殖技術規範), Princípios Éticos de Técnicas de Reprodução Assistida e do Banco de Esperma (人類輔助生殖技術和人類精子庫倫理原則)¹⁵⁸. Durante todos esses anos, não faltaram revisões relativas a essas regras, porém, até hoje, têm sido mantidos e afirmam que qualquer instituição médica ou profissional médico está impedido de concretizar a prática da maternidade de substituição, seja qual for a forma¹⁵⁹. Entretanto, dispõem de um aviso administrativo e uma sanção económica não

¹⁵⁷ Devido à complexidade política e da especialidade legislativa, existem na China vários ordenamentos jurídicos. Sendo assim, analisamos aqui o ordenamento jurídico da China Continental, pois, Hong Kong e Macau não são incluídos. Para mais desenvolvimentos em relação aos vários regimes chineses, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO e U SIO WAI, *Surrogacy in Greater China: The Legal Framework in Taiwan, Hong Kong, Macao, and Mainland China*, UCLA Pacific Basin Law Journal, 2017, disponível em <https://www.researchgate.net/> (07.05.2020).

¹⁵⁸ Pode-se consultar as três regras departamentais que são disponíveis em <http://www.nhc.gov.cn/bgt/pw10303/200708/68ba58984aba4a44a3bcf74b0c3e2048.shtml> e http://big5.www.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/fwxx/bw/wsb/content_417654.htm (09.05.2020)

¹⁵⁹ Art. 3.º de Medidas Administrativas para a Tecnologia de Reprodução Humana Assistida: “人類輔助生殖技術的應用應當在醫療機構中進行，以醫療為目的，並符合國家計劃生育政策、倫理原則和有關法律規定。禁止以任何形式買賣配子、合子、胚胎。醫療機構和醫務人員不得實施任何形式的代孕技術”。 Secção 5 da parte 3 de Normas de Técnicas de Reprodução Assistida: “三、實施技術人員的行為準則: (五) 禁止實施代孕技術”.

mais de 30,000 yuan (arredondado 3900 euros), para os profissionais que estejam envolvidos nessa prática proibida¹⁶⁰.

Todavia, apesar da absoluta proibição do recurso à maternidade de substituição, a partir de 2013 e paralelamente à defesa da abolição da “política do filho único”¹⁶¹, os casais começaram a querer aumentar os seus agregados familiares em vez de ter apenas um único filho, só que esses mesmos casais já tinham ultrapassado a idade ideal para terem filhos, os seus níveis de fertilidade já estavam mais baixos, vendo no recurso à maternidade de substituição uma forma de concretizarem os seus profundos desejos, quando pelas razões já suprarreferidas não conseguiam sozinhos gerar uma criança.

Ainda assim, o governo chinês não se sensibilizou, mantendo a sua posição firme a este propósito. Em 2015, até estabeleceu o Grupo de Direção e Gabinete Nacional, com o objetivo de combater agressivamente o fenómeno da maternidade de substituição, além de ter inspecionado as instituições médicas e de saúde e os seus médicos, exigiu ainda a remoção de todas as informações relativas aos serviços de maternidade de substituição nos meios de comunicação e na imprensa¹⁶².

No entanto, essas medidas não obtiveram resultado efetivo uma vez que os três conjuntos de regras não são ao nível legislativo, mas antes são representadas por meio de regulação administrativa, pelo que não se verifica uma vinculação universal. Por

Subsecção 5 da secção 3 da parte 1 de Princípios Éticos das Técnicas de Reprodução Assistida e do Banco de Esperma: “一、人類輔助生殖技術倫理原則: (三) 保護後代的原則: 5. 醫務人員不得實施代孕技術”.

¹⁶⁰ O art. 22.º de Medidas Administrativas para a Tecnologia de Reprodução Humana Assistida: “開展人類輔助生殖技術的醫療機構違反本辦法，有下列行為之一的，由省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門給予警告、3 萬元以下罰款，並給予有關責任人行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任：(二) 實施代孕技術的”.

¹⁶¹ Esta política é implantada em 1979, como o próprio nome sugere, cada casal é limitado a ter tão-só um filho, senão eram punidos com multa pesada. Depois passando de trinta e mais anos, finalmente em 2015, esta política foi abolida. Entretanto, desde 2016, foi substituída pela política nova que permite até dois filhos em cada família.

¹⁶² A censura das informações quanto ao serviço de maternidade da substituição no internet, na televisão, no rádio e nos jornais, entre outros. Veja-se as duas notícias locais, disponíveis em http://www.gov.cn/xinwen/2017-02/08/content_5166558.htm (09.05.2020), e inclusive, <http://paper.cnwomen.com.cn/content/2015-04/10/015337.html> (10.05.2020).

consequência, esses conjuntos de regras que foram publicados pelo Ministério da Saúde fiscalizaram e restringiram os comportamentos das entidades de saúde e do pessoal médico, cuja infração é acompanhada com uma pena administrativa como já apontado em cima. Por sua vez, os intermediários, os pais beneficiários e a mulher gestante são excluídos de qualquer sanção administrativa, muito menos ainda de qualquer sanção penal.

Pelo exposto, no final de 2015, o legislador procurou emendar o Projeto de Lei sobre a População e o Planeamento Familiar, ao acrescentar um artigo que proíbe explicitamente a maternidade de substituição, porém, dado o debate vivo na sociedade e a necessidade de um estudo mais aprofundado, tal artigo foi eliminado, voltando à situação da falta de disposição legal relacionada com a maternidade de substituição¹⁶³.

Apesar de compreendermos a atitude proibitiva da China dirigida à questão da maternidade de substituição no sentido factual, como acabámos de mencionar atrás, porém, do ponto de vista jurídico tem pouca clareza, uma vez que não existe uma lei que indique diretamente a ilegalidade desta questão. Por um lado, proíbe-se os profissionais médicos de realizar a prática da maternidade de substituição; por outro lado, deixa-se, ou melhor dizendo, tolera-se a celebração do contrato respetivo. Deste modo, é provável que os nacionais recorram às instituições secretas ou saiam da sua pátria para contratar uma gestante estrangeira, o que pode fazer surgir mais obstáculos ou disputas, especialmente em caso de criança gerada com a situação sem pais ou sem nacionalidade.

Capítulo IV - Maternidade de substituição no ordenamento jurídico português

4.1. Anteprojetos da Lei n.º 32/2006

Remontando à primeira regulação no âmbito das técnicas de procriação medicamente

¹⁶³ LEI SHI, “Surrogacy in China”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 360-361.

assistida que é o DL n.º 319/86, de 25 de setembro de 1986¹⁶⁴. Após mais de uma década, surgiu a expressão “maternidade de substituição” no contexto jurídico, em que a Proposta de Lei n.º 135/VII apresentada pelo Governo, esta Proposta propugnou ativamente pela proibição do recurso à maternidade de substituição, nos seus termos do n.º 1 do art. 6.^o¹⁶⁵. Adicionalmente, o n.º 3 do mesmo artigo regulou a nulidade do contrato, independentemente de ser celebrado a título gratuito ou oneroso. O disposto no n.º 4 seguinte afirmou que o estatuto da gestante era o de mãe legal da criança e que tinha todos os poderes e deveres da maternidade para a criança que viesse a nascer. Enfim, embora a Proposta tenha sido aprovada na AR, não é o Decreto n.º 415/VII que tem a base da referida Proposta, na medida em que o Presidente da República exerceu o seu direito de veto.

Posteriormente, o Projeto de Lei n.º 90/IX proposto pelo Partido Socialista (PS) consagrou a mesma regra neste aspeto, mantendo a sua proibição, o estatuto da gestante e as consequências da promoção a este respeito¹⁶⁶.

Por seu turno, o Bloco de Esquerda (BE) apresentou uma proposta oposta — o Projeto de Lei n.º 371/IX — que abriria a porta para a maternidade de substituição, desde que cumprisse determinados requisitos. Exemplificando, a obtenção de autorização do CNPMA, a incapacidade reprodutiva do beneficiário e a gratuidade eram chaves

¹⁶⁴ O DL n.º 319/86 de, 25 de setembro, constitui regras sobre a disciplina e a atividade dos bancos de esperma, disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/221563/details/maximized?jp=true> (11.05.2020).

¹⁶⁵ “Art. 6.º — Mãe de substituição:

1. É proibido o recurso à maternidade de substituição.
2. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por maternidade de substituição 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.
3. São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.
4. A mulher que suportar uma gravidez em substituição de outrem é havida para todos os efeitos legais como a mãe da criança que vier a nascer”, disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/080/1999-07-16/2296?pgs=2296-2300&org=PLC> (11.05.2020).

¹⁶⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 174-175.

necessárias para esta porta¹⁶⁷.

4.2. Lei n.º 32/2006

Tendo sido o tema da maternidade de substituição discutido largamente ao longo desses anos, até 2006, existia uma lei que regulava as questões relativas à utilização de técnicas de procriação medicamente assistida — a Lei 32/2006, de 26 de julho, por força do dever de regulamentação do Estado nesta matéria, protegendo a família (art. 67º/2/e CRP). Esta Lei dispunha da regulamentação de várias técnicas de PMA tal como inseminação artificial e a fertilização in vitro, entre outras¹⁶⁸, entretanto, proibiram-se os negócios jurídicos de maternidade de substituição, a proibição expressa no art. 8.º da Lei citada, aplicava-se tanto no caso de gratuidade quanto no de onerosidade, tratando-se de uma proibição absoluta para ambos os tipos de contratos, os quais no caso de celebração eram feridos de nulidade. A única diferença entre os dois tipos é que quem celebrar contrato de maternidade de substituição a título oneroso incorre em responsabilidade penal (art. 39.º, n.º 1 da mesma Lei)¹⁶⁹, contrariamente, no que se refere aos casos altruísticos, não havia lugar a qualquer penalidade. Na mesma linha de raciocínio, quem promover a maternidade de substituição a título oneroso incorre igualmente em responsabilidade penal (art. 39.º, n.º 2).

O art. 8.º da Lei n.º 32/2006 constituiu-se em apenas três números, dos quais o n.º 3

¹⁶⁷ “Art. 14.º — Maternidade de substituição:

1. Só é permitida a maternidade de substituição, mediante autorização do Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida, para os casos de mulher nascida com ausência de útero ou com malformação uterina que impeça a gravidez, quando tenha sofrido histerectomia por razões médicas ou quando tenha doença que impeça gravidez com sucesso e sem grave risco de vida.
2. Qualquer pagamento por efeito da maternidade de substituição é proibido”, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7653566776644756346447397a4c33427162444d334d53314a5743356b62324d3d&fich=pjl371-IX.doc&Inline=true> (13.05.2020)

¹⁶⁸ Cfr. art. 2.º da Lei n.º 32/2006.

¹⁶⁹ O art. 39.º da Lei n.º 32/3006: “1 - Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias”.

afirmou uma regra — *mater sempre certa est*, optando por considerar quem suportar a gravidez como mãe da criança que vier a nascer, a qual apenas aceitava a regra de estabelecimento da filiação prevista no art. 1796.º do CC, “*a filiação resulta do facto do nascimento*”. Há várias décadas, não se colocou em dúvida esta regra. Nesta era, porém, apareceu a possibilidade de, no caso de maternidade de substituição, que dissolve a missão exclusiva de maternidade, tem-se de pensar que tal regra passou a ser inapropriada ou insuficiente face à evolução da ciência e da tecnologia que têm conseguido criar novas formas de conceção que fazem assim nascer a necessidade de se pensar novos critérios de estabelecimento da filiação.

4.3. Antecedentes da Lei n.º 25/2016

Com o decurso do tempo, começou a haver vozes, tal como o CNPMA, que defendem e lutam pela legalização da maternidade de substituição, a fim de ajudar casais que não conseguem concretizar o seu projeto parental via método natural, sendo a maternidade de substituição uma forma de ultrapassar o obstáculo da esterilidade. A seguir, apresentamos de forma sucinta os três projetos de lei com vista à legalização da maternidade de substituição no ordenamento jurídico português e em que termos foi proposta pelos diferentes partidos políticos com assento parlamentar.

Em dezembro de 2011, o Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda (BE) propôs o Projeto-Lei n.º 122/XII¹⁷⁰, que preconizava, primeiro, o acesso às técnicas de PMA a todos os casais e todas as mulheres independentemente do seu estado civil; segundo, o diagnóstico de infertilidade deixava de ser exigível, pelo reconhecimento das técnicas de PMA como método subsidiário e alternativo; terceiro, o recurso da maternidade de

¹⁷⁰ Vejamos o Projeto de Lei 122/XII, garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (PMA) e regula o recurso à maternidade de substituição, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36633> (14.05.2020).

substituição só era considerado por razões médicas, tal sucede como nos casos de ausência de útero ou de doença deste órgão que impeça a gravidez de forma absoluta e definitiva, e salvo nos casos já indicados, a gestante que suportava a gravidez continuava a ser tida como mãe da criança que viesse a nascer.

O Grupo Parlamentar do Partido Socialista (PS) defendeu também o acesso à maternidade de substituição em circunstâncias excepcionais e com caráter altruísta no seu Projeto da Lei n.º 131/XII¹⁷¹. Salientou adicionalmente a necessidade de, pelo menos, um dos beneficiários respetivos contribuir com os seus próprios gâmetas no procedimento da maternidade de substituição. Assim, a criança nascida é tida como filha dos beneficiários, mas não da gestante. Quanto à questão da penalidade da maternidade de substituição, claro está fora das circunstâncias excepcionais previstas na regulação, acrescentou uma pena criminal para quem celebrar estes contratos, não apenas de modo oneroso, mas também de modo gratuito.

O terceiro Projeto-Lei 138/XII foi apresentado pelo Partido Social Democrata (PSD)¹⁷², que sugeriu igualmente a admissibilidade da prática da maternidade de substituição, excecionalmente na situação de ausência de útero no membro feminino do casal, porém, era apenas justificável no âmbito de casais do sexo diferente e juntos estavelmente há mais de dois anos. A respeito da natureza do contrato, mostrava-se alinhada com o entendimento do BE e PS, encontrando-se a sua admissibilidade apenas a título gratuito, excetuando apenas o pagamento do valor correspondente às despesas realizadas de saúde.

Para terminar, os três Projetos-Lei referidos propuseram a atualização à LPMA na

¹⁷¹ O Projeto-Lei 131/XII, consagrando exceções à proibição de recurso à maternidade de substituição, <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36663> (15.05.2020).

¹⁷² Vejamos o Projeto de Lei 138/XII, visa alterar a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36677> (15.05.2020).

direção da admissibilidade da maternidade de substituição, ainda que se tenham limitado apenas aos casais heterossexuais, excluindo a hipótese de recurso a essa prática por casais homossexuais e pessoas singulares.

4.4. Lei n.º 25/2016

A proibição da maternidade de substituição no ordenamento jurídico português deixou de ter lugar, perspetivando-se de forma premente a sua admissibilidade com limites, claro está, em defesa da dignidade humana de todos os intervenientes no procedimento e da criança que vier a nascer. A partir de 22 de agosto 2016, com a aprovação da Lei n.º 25/2016, estamos na altura da aceitação desta prática, embora seja a título excepcional e com muitas restrições. Por nossa parte, isso é definitivamente um avanço para a nossa legislação e sociedade, faz com que a maternidade de substituição possa ser a solução, nunca mais ser apenas medicamente possível, como também ser juridicamente viável, para as famílias que pretendam procriar, mas não o conseguem realizar sozinhas.

A Lei n.º 25/2016 é a terceira alteração à LPMA, regulando o acesso à gestação de substituição. Em comparação com a primeira versão da LPMA, o art. 8.º da presente Lei é composto pelos doze números em substituição dos três. Com a aprovação desta lei e assim que forem ultrapassadas todas as questões constitucionais os portugueses podem celebrar contratos de gestação de substituição, somente limitado aos contratos a título gratuito, nas situações excecionais tal como problemas relacionados com o útero que impeça absoluta e definitivamente a mulher suportar a gravidez até ao termo (art. 8.º, n.º 2). A sua natureza da gratuidade leva a proibição do qualquer tipo de pagamento salvo o montante do custeamento das despesas derivadas da gravidez (art. 8.º, n.º 5).

No procedimento da gestação, por um lado, têm de ser utilizados os gâmetas de, pelo menos, um dos membros do casal beneficiário, assim, atinge-se o objetivo do casal da

continuidade biológica, já que a criança que vier a nascer será filha biológica de pelo menos um dos membros do casal beneficiário ou até de ambos; por outro lado, a gestante nunca pode contribuir com o seu próprio ovócito, tal restrição minimiza a possibilidade da recusa da entrega do novo ser por parte da gestante, na medida em que enfraquece a ligação entre ela e a criança (art. 8.º, n.º 3). Sendo assim, pode tão-só ser autorizada a prática da maternidade de substituição gestacional, afastando completamente a hipótese da maternidade de substituição genética¹⁷³.

Ao avançarmos na leitura deste artigo, é exigível ainda uma prévia autorização do CNPMA, e em caso de admissão, mais tarde seguido por uma audição da Ordem dos Médicos (art. 8.º, n.º 4), a importância desta autorização reside na garantia do conteúdo do contrato de maternidade de substituição que tem em conta a prevalência dos interesses da criança futura bem como os da gestante.

Acresce que fica previsto na Lei que o consentimento prestado pelas duas partes deve ser livre e esclarecido (art. 14.º, n.º 1), e ainda é exigível que não se verifique qualquer relação de subordinação económica entre as partes envolvidas (art. 8.º, n.º 6).

Relativamente ao estabelecimento de filiação em sede do contrato de maternidade de substituição, o legislador deixou de seguir o critério constante no Direito Civil, em que a maternidade se concretiza pelo facto do nascimento da criança (art. 1796.º, n.º 1 CC), enquanto a paternidade se estabelece por presunção do marido da parturiente (art. 1796.º, n.º 2 CC) no caso desta ser casada, ao invés do brocardo latino *mater sempre certa est*, o novo ser que nascer via o recurso à maternidade de substituição é tida, sem reserva, como filho dos respetivos beneficiários (art. 8.º, n.º 7 LPMA).

Marta Costa e Catarina Saraiva Lima entendem que o critério mencionado anteriormente “*será insuficiente e inadequado*”, não sendo um valor absoluto o

¹⁷³ Pode consultar o ponto 1.2 deste trabalho.

biologismo no plano da filiação estabelecido pelo CC¹⁷⁴. Simultaneamente, tal critério, como qualquer outro, compreende Vera Lúcia Raposo que “*deve adequar-se aos avanços da ciência e às concepções vigentes em cada época*”¹⁷⁵.

Hoje em dia, pais e filhos estabelecem relações de filiação que não se limitam ao facto do nascimento. Olhando para o exemplo da adoção, o nosso legislador proporciona efetivamente o outro caminho, além da verdade biológica, no sentido do estabelecimento de filiação.

Posto isto, suportamos o critério diferente do da consagração no art. 1796.º do CC em contrato de maternidade de substituição, os pais beneficiários, em princípio, devem ser tidos como pais legais da criança assim nascida, porém, com possibilidade de impugnação¹⁷⁶. Sendo que, em nosso entender, a gestante pode impugnar em vista de ter o direito ao arrependimento, uma vez que todas as decisões relativas à maternidade de substituição devem ser realizadas voluntariamente, desde o início até ao momento da entrega da criança, sendo esta a única maneira de respeitar a sua dignidade.

Afirmamos o comportamento altruísta da gestante e reconhecemos a sua solidariedade, nunca se pensando na gestante como uma “simplex incubadora”. Daí, a LPMA prevê que o contrato de maternidade de substituição não pode conter qualquer tipo de restrições sobre os comportamentos da gestante, nem colocar normas que prejudicam os seus direitos, liberdade e dignidade (art. 8.º, n.º 11). Ora, embora a regulação referida seja assim, temos dúvidas no sentido de poder haver algumas condicionantes nos seus comportamentos. Em geral, no sentido de omissão, é comum os pais beneficiários estipularem cláusulas que

¹⁷⁴ MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA, “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade”, in *Lusíada, Revista de Direito* 10 (2012), p. 243, disponível em <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/196> (19.05.2020).

¹⁷⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, “Quando a cegonha chega por contrato”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, março 2012, p. 26.

¹⁷⁶ Na reforma inglesa da Lei da gestação de substituição, sugere-se que os pais intencionais sejam reconhecidos seguramente como pais legais, desde que a gestante não exerça o direito de oposição ao estatuto conferido aos pais intencionais durante o período de reflexão. Pode consultar o ponto 3.1.1. deste trabalho.

evitem a gestante de concretizar alguns comportamentos específicos que prejudiquem o nascituro, e conseqüentemente, a saúde da criança no futuro, designadamente, fumar, ingerir álcool ou droga, fazer exercício violento, entre outros. Ao passo que, no sentido de ação, é provável estipularem normas que vinculem as condutas da gestante, como hipóteses de fazer exames regulares, efetuar tratamentos necessários ou tomar vitaminas, entre outros. A nosso ver, para além de ser a criança que vier nascer destinada aos beneficiários, em princípio, na gestação não há diferença entre uma mulher grávida e a gestante, devendo esta poder manter o seu estilo de vida, sem que descure os cuidados devidos em virtude do estado de gravidez. Por sua vez, certos comportamentos que do conhecimento geral podem afetar o nascituro devem ser evitados. Tendo em vista o bem-estar e a saúde da futura criança, a gestante tem a responsabilidade de não praticar quaisquer atos ou atividades perigosas que poderão prejudicar a gestação, pressupondo não colocar em causa a sua vida e integridade, como ainda a vida e a integridade do nascituro. Portanto, nos casos e termos supra expostos, no nosso entendimento, será aceitável a imposição, em certa medida, de algumas limitações nos comportamentos da gestante. Deve ficar claro que o que a Lei veda são as restrições exorbitantes e irracionais, as quais não beneficiam precisamente o nascituro mas afetam necessária e gravemente a vida quotidiana da gestante, como por exemplo, a proibição de pintar as unhas¹⁷⁷, a proibição de ir trabalhar ou de viajar, ou até a instalação de sistemas de videovigilância na sua casa, entre outros. No entendimento de Vera Lúcia Raposo, a proibição prevista no n.º 11 do art. 8.º da LPMA se releva *excessiva e iníqua*, na medida em que *há limitações que são absolutamente razoáveis em razão dos bens e valores em causa*¹⁷⁸. Tendo em consideração o bem-estar da criança, em suma, o nosso entendimento é o de que as limitações ou vinculações que se revelam justificadas

¹⁷⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”, cit., p. 173.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 183.

deveriam ser permitidas, desde que não violam os direitos e a dignidade da gestante.

No último número do art. 8.º (n.º 12), prevê que os contratos de gestação de substituição são nulos, tanto a título gratuito como oneroso, em situações de não cumprimento das regras previstas nos números anteriores. Neste cenário, a nulidade que fere este tipo de contrato faz com que deixe de produzir quaisquer efeitos. E quanto aos efeitos da filiação que já se tiver estabelecido, a Lei não dispõe sobre a solução no que se toca à atribuição da criança que vier nascer. Questiona-se se voltar a adotar o critério do estabelecimento da filiação previsto no art. 1796.º do CC, segundo o qual, repetidamente, quem suportar uma gravidez é a mãe da criança. Não achamos que essa seja uma boa solução, pela razão de que, por uma parte, retiramos a esperança dos pais beneficiários respetivos, que desejam a criança e com a qual têm ligações genéticas; por outra parte, ignoramos a vontade da gestante de que não se quer responsabilizar pela criança. O contrato em causa não é um acordo singelo, mas antes, um acordo de suma importância envolvendo uma vida, uma criança, um ser vulnerável que carece de proteção. Mais ainda, o efeito retroativo resultante da nulidade é inoperante face à criança, pois, uma palavra “nulo” previsto no tal artigo não resolve realmente o problema. Enfim, tal solução enquanto sanção para a celebração de um contrato de maternidade de substituição fora dos termos admitidos faz com que todos os intervenientes fiquem a viver em sofrimento pelo desconhecimento do que pode vir a acontecer, podendo trazer consequências nefastas para todos eles e acima de tudo para a criança.

Por sua vez, afirmando o Parecer N.º 104/CNECV/2019 que *“não será aceitável que alguém possa obter, através de um contrato de gestação em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais”*, é certo que um negócio jurídico nulo não produz nenhum efeito, caso contrário,

passando a convidar e tolerar os atos ilegais¹⁷⁹. No entanto, muitas vezes para resolver conflitos e decidir a melhor resposta¹⁸⁰, tendo em consideração o tribunal o superior interesse da criança como valor fundamental, assim, na maioria dos casos, os pais beneficiários deverão ser tidos como pais legais da criança.

A par de poder incorrer em uma sanção civil — nulidade — em certas circunstâncias, pode igualmente incorrer na prática de um crime, assumindo os infratores a responsabilidade criminal. Em comparação com a primeira versão da LPMA, a regulação vigente sobre a gestação de substituição além de consagrar o art. 8.º com mais números, bem como tem mais cuidado na criminalização respetiva (art. 39.º da mesma Lei). O contrato de gestação de substituição a título gratuito já não foi excluído no âmbito da criminalização, quando o mesmo não preenche os requisitos legalmente previstos, cuja sanção embora seja mais leve do que no contrato oneroso. Impõe-se penas diferentes em função do tipo do dito contrato celebrado. Se concretizar um contrato de gestação oneroso, a gestante pode ser condenada numa pena de multa até 240 dias, enquanto os beneficiários podem incorrer na mesma pena de multa supracitada ou numa pena de prisão até 2 anos; se concretizar um contrato de gestação gratuito, mas não preenchem os requisitos previstos nos n.os 2 a 6 do art. 8.º da LPMA, a gestante pode incorrer numa pena de multa até 120 dias, entretanto, os beneficiários podem incorrer na mesma pena de multa ou pena de prisão até 1 ano. Do exposto concluímos que a onerosidade se revela mais censurável e condenável do que a gratuidade do contrato em causa.

¹⁷⁹ Parecer sobre a alteração ao regime jurídico da gestação de substituição, 104/CNECV/2019, p. 8.

¹⁸⁰ Nos casos *Menesson v. France* e *Labassee v. France* a 26 junho de 2014, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos assinalou que o melhor interesse da criança é a mesma ser reconhecida como filha do casal beneficiário, embora tenha recorrido ilegalmente à técnica da maternidade de substituição no estrangeiro, cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Filhos de pai anónimo no século XXI!”, in *Actas do Seminário Internacional, debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto e FDUP, 2017, p. 46, nota de rodapé n.º 24, disponível em https://up.pt/press/wp-content/uploads/2020/02/Ebook_FDUP-PMA_2018.pdf (02.02.2020).

Reportando-se à promoção da prática da maternidade de substituição, a sanção respetiva é uma pena de prisão até 2 anos para quem promover a celebração do contrato de mesma fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do art. 8.º da LPMA. Ainda mais, caso alguém obtenha interesses económicos pela celebração do contrato mediante o ato da promoção acima referido, por qualquer meio, incorre numa pena de prisão até 5 anos. Mesmo que tal contrato não tenha sido levado a bom termo, sob a nova LPMA, continuando a configurar a responsabilidade criminal, visto que a tentativa dos atos ilícitos mencionados é condenável e nesses termos puníveis.

O conjunto das normas supracitado configura-se, assim, o modelo português da gestação de substituição.

4.5. Questões da inconstitucionalidade da LPMA — acórdão n.º 225/2018 do TC

Pouco mais de dois anos após a implementação da lei da gestação de substituição, uma equipa de 30 deputados da AR veio pedir a declaração de inconstitucionalidade de um conjunto de normas da LPMA n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis n.os 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, que *infra* se indicam:

- i) O inteiro art. 8.º, “Gestação de substituição” – por violação do princípio da dignidade humana (art. 1.º e art. 67.º/2/e CRP); do dever do estado de proteção da infância (art. 69.º/1 CRP); do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP) e da proporcionalidade (art. 18.º/2 CRP). Pois, as normas conexas com a gestação de substituição e que são consequencialmente afetadas, isto é: art. 2.º/2, art. 3.º/1, art. 5.º/1, art. 14.º/5 e 6, art. 15.º/1 e 5, 16.º/1, art. 30.º/2/p, art. 34.º, art. 39.º, art. 44.º/1/b
- ii) Art. 15.º, n.ºs 1 e 4, “Confidencialidade” – por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade

genética (art. 26.º/1 e 3 CRP); da dignidade humana (art. 1.º e art. 67.º/2/e CRP), do princípio da igualdade (art. 13.º CRP) e da proporcionalidade (art. 18.º/2 CRP)

- iii) Art. 20.º, n.º 3 “Determinação da parentalidade” – por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art. 26.º/1 e 3 CRP); do princípio da dignidade humana (art. 1.º e art. 67.º/2/e CRP), da igualdade (art. 13.º CRP) e da proporcionalidade (art. 18.º/2 CRP)

Perante as requisições enumeradas, enfim, o TC veio proferir a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das seguintes normas:

- a) Art. 8.º, n.ºs 2, 3, 4, 10 e 11 – por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar (art. 2.º, art. 18.º/2 e art. 165.º/1/b CRP)
- b) Art. 8.º, n.º 8 e art. 14.º, n.º 5 – por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante (art. 26.º/1 CRP), e do seu direito de constituir família (art. 36.º/1 CRP), e conseqüentemente, o art. 8.º, n.º7
- c) Art. 8.º, n.º 12 – por violação do direito à identidade da criança (art. 26.º/1 CRP), do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático (art. 2.º CRP), e do dever do Estado de tutela da infância (art. 69.º/1 CRP)
- d) Art. 15.º, n.ºs 1 e 4 – por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas por uma restrição desnecessária dos mesmos (art. 18.º/2 e art. 26.º/1 CRP)

Ora, limitamo-nos a uma sucinta referência à interpretação da Lei feita pelo TC, a qual determinou a decisão pela inconstitucionalidade de algumas das suas normas. Este resumo seguinte ajuda-nos a refletir o regime vigente da gestação de substituição e a pensar um regime melhor.

4.5.1. Suficiência e determinabilidade do regime jurídico da gestação de substituição

Levantou o TC o problema da suficiência e determinabilidade do regime estabelecido relativo ao contrato de maternidade de substituição, limitando-se a prever a necessidade de disposições sobre certas matérias e proibir outras, tais como, restrições aos comportamentos da gestante ou outras cláusulas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade. Acresce o legislador que o dito contrato tem que ser previamente autorizado e supervisionado pelo CNPMA, remetendo assim para o CNPMA a competência de circunscrever positiva e negativamente o âmbito do exercício de autonomia privada das partes no contrato.

Todavia, a LPMA é omissa sobre os critérios de autorização prévia do contrato relativamente à supervisão do conteúdo do mesmo, o que se revela fundamental à operacionalização da gestação de substituição, sendo o recurso ao regime jurídico geral dos contratos insuficiente para completar o regime legal do contrato de gestação de substituição. Melhor dizendo, não dispo de os n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8.º da LPMA parâmetros de atuação nem critérios bastante precisos para o CNPMA desempenhar o seu cargo — supervisão e autorização prévia — o que é essencial, visto que se refere aos limites a estabelecer à autonomia dos contraentes. Na total ausência de critérios que permitam ao CNPMA exercer as competências que lhe são atribuídas pela LPMA, esta entidade irá encontrar-se com grandes dificuldades no exercício das mesmas, o que poderá levar a situações arbitrárias ou injustas, ao que acrescem maiores dificuldades às partes na

elaboração desse mesmo contrato, como a salvaguarda dos interesses e direitos de ambas as partes.

A definição de limites positivos e negativos já mencionados, em particular, as restrições admissíveis dos comportamentos da gestante, estão plasmadas no n.º 3 do art. 3.º do DR n.º 6/2017. Embora tenham sido previstos na regulamentação, o Tribunal entendeu que os mesmos deveriam imperiosamente expressos na Lei da AR (art. 165.º/1/b CRP), uma vez que se reporta a limitações de direitos fundamentais. Por isso mesmo, diz respeito a matéria que é de reserva de lei parlamentar (art. 18.º/2 CRP).

Por consequência, o efeito de inconstitucionalidade estende-se ao art. 8.º/2 e 3 da LPMA, nos quais é expressamente permitida a celebração do contrato de gestação de substituição, de modo excecional e com autorização prévia. No entanto, a ausência de um instituto com competência para autorizar a celebração dos contratos e a falta de regulamentação dos critérios de autorização podem tornar inviável, na prática, a celebração de contrato de maternidade de substituição, extraindo-se assim a sua inadmissibilidade.

4.5.2. Limites à livre revogabilidade do consentimento da gestante

Tendo em conta a assimetria entre o consentimento dado por um lado pelos beneficiários e por outro pela gestante, é a gestante que corre mais riscos no sentido de se submeter a suportar uma gravidez e o parto. Centraremos, por isso, a nossa atenção no consentimento da mulher gestante, as normas em causa são o art. 8.º e o art. 14.º/4 e 5 da LPMA.

Uma das condições da admissibilidade do modelo português de gestação de substituição é a de não pôr em causa a dignidade da gestante. Neste sentido, prevista a livre revogabilidade do consentimento dado por qualquer uma das partes e mais importante da gestante até ao início dos procedimentos de PMA, segundo a LPMA vigente.

A questão que é assinalada pelo TC é a de saber se a livre revogabilidade do consentimento dado pela gestante até ao início dos procedimentos será ou não suficiente para a salvaguarda da sua dignidade. Pois a gravidez é um processo complexo pelo que se questiona se o consentimento dado previamente à gravidez é um consentimento verdadeiramente informado.

Notando que as obrigações advenientes do contrato de maternidade de substituição para a gestante tão-só são compatíveis com a sua dignidade quando o seu cumprimento corresponde a uma atuação voluntária enquanto afirmação livre e responsável da sua personalidade. Contudo, o consentimento prestado por parte da gestante no momento da celebração do tal contrato não assegura a permanência deste consentimento ao longo de todo o processo da gestação, até mesmo na altura da entrega da criança. Para garantir isso, é essencial uma livre revogabilidade do consentimento por parte da mulher gestante até o momento da entrega da criança, e só assim a última está a exercer o seu direito ao desenvolvimento da sua personalidade.

Portanto, a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante é inconstitucional por restringir demasiadamente o direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Pelo mesmo argumento, sendo inconstitucional a norma do n.º 7 do art. 8.º da LPMA, o qual estabelece um critério especial de filiação diferente do que consta no CC, tratando sempre a criança nascida na sequência do tratamento da maternidade de substituição filha dos beneficiários, pressupondo que o consentimento da gestante fique mantido na duração de todo o contrato, assim, tal retira qualquer hipótese de a gestante revogar o seu consentimento previamente prestado, não lhe dando devido respeito como ser humano que é, podendo aqui suscitar-se o risco de instrumentalização dela.

4.5.3. Regime da nulidade do contrato de maternidade de substituição

Em geral, a nulidade de um negócio jurídico pode ser invocada por qualquer interessado a todo o tempo, bem como proferida oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º CC). A declaração da nulidade determina a retroatividade, isto é, restituir tudo o que recebeu, ou o seu valor correspondente, se tal não for possível. (art. 289.º/1 CC). Pois, todos os efeitos jurídicos decorrentes de um negócio jurídico são claramente eliminados.

Pela mesma razão explicitada, o efeito do estabelecimento especial da filiação fundado no contrato de maternidade de substituição será devidamente eliminado. É uma questão muito complexa e que não pode ser de todo descurada que é a de saber qual o “destino” da criança nascida quando um contrato de maternidade de substituição é ferido de nulidade, emergindo particularmente esta questão no caso deste já ter sido plenamente executado, pois a criança nascida é um efeito deste contrato e apesar da nulidade aferida do mesmo a criança não pode ser “eliminada” como um qualquer outro efeito jurídico. Em consequência da nulidade do contrato celebrado teríamos a inaplicabilidade da regra especial da filiação, voltando a ter lugar a aplicação do princípio geral do CC, ou seja, a gestante que suporta a gravidez passa a ser a mãe jurídica da criança assim nascida. Tal solução “condena” assim quem não respeitou as regras previstas na LPMA, fazendo com que os beneficiários infratores não possam ser os pais jurídicos da criança, ao passo que, será a gestante infratora tida como mãe legal daquela criança, sem se ter certeza se é essa a vontade dos contraentes ou se é essa a melhor solução para salvaguarda do superior interesse da criança, a qual em nada contribuiu para este problema mas que eventualmente pode já ter criado laços de filiação com os pais beneficiários.

Adicionalmente e não menos importante consideramos que, dado a invocabilidade sem limite de tempo, o regime de nulidade suscita um grande grau de instabilidade na matéria da filiação já eventualmente estabelecida, no caso de se descobrir tardiamente as

irregularidades no contrato, podendo levar à inversão do critério de estabelecimento da filiação, o de não é todo compatível com a segurança jurídica no sentido do estatuto pessoal¹⁸¹. O TC considerou que as posições jurídicas definidas nesse domínio e uma vez estabelecidas, não devem ser colocadas em causa, exceto por razões ponderosas, como a de interesse público ou os direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

Posto isto, o n.º 12 do art. 8.º da LPMA não revela a consolidação nem a diferenciação para justificar a declaração de nulidade, sendo inconciliável com o princípio da segurança jurídica. Outrossim, não se mostra ser uma solução vantajosa para o desenvolvimento integral da criança nascida pelo tal contrato nulo, tirando a conclusão de o legislador não atentar primacialmente o superior interesse da criança (art. 3.º/1 Convenção sobre os Direitos das Crianças), consequentemente, violou o dever do Estado de proteção da infância (art. 69.º/1 CRP).

Nesse sentido, acedemos na afirmação do tribunal de que não é conducente a aplicação do regime da nulidade no contrato de maternidade de substituição, já que está relacionado com o estabelecimento da filiação e o estatuto da criança. Simultaneamente, a nulidade do contrato traduz na utilização do critério geral do estabelecimento da filiação, levando a criança ser tida como filha da gestante, mesmo que a última não tenha vontade de ser mãe. Tendo em vista o interesse da criança inocente relativamente ao ato ilegal dos adultos (pais beneficiários e gestante), pelo que se a invocada nulidade o for quando a criança já tiver nascido e a filiação já se tiver estabelecido, na defesa do superior interesse desta, o legislador e o tribunal já não têm muito espaço da escolha.

4.5.4. Confidencialidade vs identificação dos participantes

Está em causa a questão da regra do anonimato dos dados e, sobretudo, do direito

¹⁸¹ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.2., n.º 50, p. 1928 e ss.

das crianças nascidas via maternidade de substituição a conhecerem a identidade das suas ascendências genéticas e da mulher gestante (art. 15.º/1 e 4 LPMA). Antes de mais, o TC sustentou que tal regra podia levantar dúvidas, interrogações ou crises por referência da identidade pessoal, na medida em que se encobre alguma parte da sua historicidade pessoal, porém, a sua deficiência, só em si mesmo, não é suficiente para a consequência da despersonalização, vivendo um ser humano uma verdade pessoal, embora incompleta, que ainda seja a sua. Portanto, não está em apreço a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, conseqüentemente, não seria incompatível com a nossa Constituição.

O problema está em saber se as normas referidas podem pôr em risco os outros direitos fundamentais, em particular os direitos à identidade, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art. 26.º/1 e 3 CRP). Por um lado, reside-se na proteção da intimidade da vida privada e familiar para os pais beneficiários, bem como para os dadores e as gestantes. Por outro lado, pondera-se o direito ao conhecimento da sua origem histórica para as pessoas nascidas com recurso à PMA. Assim, podendo os pais beneficiários, a criança, a gestante e os eventuais dadores encontrar-se no conflito. O legislador procura prever um equilíbrio entre os direitos conflitantes acima mencionados, sobretudo, prevalece o dever da obrigação de sigilo, ressalva que o regime do anonimato dos dadores pode ser derogado à luz de razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial. Nestas circunstâncias, o direito à historicidade pessoal da pessoa fruto de PMA poderá prevalecer sobre os demais direitos, tanto dos pais, quanto dos dadores. Quer dizer, é possível conhecer a identidade dos últimos, os quais contribuíram para que fosse possível a criação de um embrião que dará origem à criança desejada pelo casal beneficiário.

Ademais, existem diferenças no regime jurídico no que diz respeito ao regime do anonimato para os diferentes participantes neste processo complexo da maternidade de substituição. Para os dadores de gâmetas, como já apontado, sendo o regime do anonimato

dos dadores como regra mas não absoluta, entretanto no caso das gestantes de substituição o regime do anonimato é uma regra absoluta. Em todo o caso, dada a relevância do conhecimento das origens ser essencial para a construção da identidade, a regra do anonimato é constitucionalmente censurável.

Na última parte deste assunto, o Tribunal aludiu que tal regime leva evidentemente a um impacto bastante negativo nos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, tal revela-se desnecessário mesmo que seja no interesse de salvaguardar outros direitos fundamentais¹⁸². Pois, o TC sugerindo a outra forma da tutela destes últimos, por meio de prever a regra recíproca, em particular o regime do anonimato tão-só passaria a ser autorizado quando houvessem razões ponderosas, razões essas que deveriam ser avaliadas casuisticamente por parte de tribunal.

De vários aspetos a explicitar o modelo proposto e aprovado de gestação de substituição em Portugal, em si mesmo, não é incompatível com a CRP, mas isso não implica que certas vertentes do seu regime não possam levantar questões inconstitucionais, como as quais já anteriormente demonstradas. Quanto às restantes normas referidas no pedido expressado pelos deputados, das quais o TC não declarou a sua inconstitucionalidade.

No contexto dos efeitos da inconstitucionalidade, à partida, a sua declaração com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor das normas declaradas inconstitucionais (art. 282.º/1 CRP). Pois, o que significa que os contratos de maternidade de substituição antes autorizados agora deixam de ser constitucionais, tendo de ser encarados como desautorizados. Todavia, havendo fortes possibilidades de já se ter procedido à recolha de gâmetas ou à formação de embriões, até mesmo a transferência

¹⁸² O ponto 80 do acórdão n.º 225/2018 do TC, p. 1943-1944.

uterina de embriões a fim de realizar a maternidade de substituição. Tendo em consideração o exposto, seja vida humana extrauterina, seja intrauterina, e concomitantemente a saúde da gestante de quem já se tenha submetido ao procedimento respetivo, são valores fundamentais que merecem proteção jurídica. Enfim, o TC decidiu a limitação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade no que diz respeito aos contratos de gestação de substituição, isto é, tais efeitos não se aplicam aos contratos de que já tenham sido iniciados os procedimentos terapêuticos.

4.6. Questões da inconstitucionalidade da LPMA – Acórdão n.º 465/2019 do TC

Face à problemática do regime de maternidade de substituição em consequência da declaração da inconstitucionalidade no Acórdão anterior, não há, por enquanto, um conjunto das normas válido e adequado a regulamentar sobre esta matéria sensível e controversa. Por isso, surgiu a sétima alteração à LPMA — Decreto n.º 383/XIII — sobretudo, introduziu diversas alterações nos arts. 8.º e 39.º referentes à gestação de substituição, e aditando os arts. 13.º-A e 13.º-B associados aos direitos e deveres da gestante de substituição, a qual foi aprovada pela AR em julho de 2019¹⁸³.

Depois, o Presidente da República enviou as duas normas seguintes da LPMA para fiscalização constitucional, que ora estão em causa no Acórdão do TC n.º 465/2019¹⁸⁴:

- a) a norma constante do art. 2.º do Decreto, na parte em que mantém em vigor o n.º 8 do art. 8.º da LPMA, que passa a constar do n.º 13 daquele art. 8.º
- b) a mesma norma, na parte em que adita a alínea *j*) ao n.º 15 do art. 8.º da citada lei.

¹⁸³ Veja o Decreto n.º 383/XIII, a sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=21851> (07.06.2020).

¹⁸⁴ Cfr. o Ac. do TC n.º 465/2019, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/125468550/details/maximized> (04.06.2020).

Transcrevemos parcialmente o artigo analisado em baixo:

“Artigo 8.º

[...]

13 — (Anterior n.º 8.)

[...]

15 — A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo CNPMA, onde consta, obrigatoriamente, entre outras, cláusulas tendo por objeto:

[...]

j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato em conformidade com a presente lei”

Essas duas normas que estão em apreciação prendem-se com a revogação do consentimento da gestante de substituição. Recordar-se que o Ac. n.º 225/2018 do TC já declarou a inconstitucionalidade na parte em que não admitem a revogação do consentimento da gestante até à entrega da criança aos pais beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade e a constituir família. No entanto, a sétima alteração à LPMA mantém-se inesperadamente inalterada a este respeito, transitando a exata redação do n.º 8 para n.º 13, com o conseqüente consentimento da gestante que continuou a ser apenas revogável até ao início dos procedimentos terapêuticos de PMA. Adicionalmente, sem modificar o conteúdo do art. 14.º da LPMA relativo ao regime do consentimento, não havendo diferença nas remissões do n.º 8 do art. 8.º e n.º 5 do art. 14.º para o n.º 4 do último, verifica-se assim a limitação da revogabilidade do consentimento da gestante. Tudo isso, a gestante não disporia da possibilidade de revogar o seu consentimento exceto antes do início dos processos terapêuticos, o que coloca em causa a instrumentalização da gestante.

A respeito da norma constante da alínea *j*) referida, tal norma não constitui qualquer teor autónomo, tendo uma natureza meramente remissiva, cujo qualquer juízo será consequencial.

Intervalando o curto período de quase um ano e meio entre o anterior Ac. e o presente Ac., dado não surgirem consideráveis fatores nem novas informações, particularmente no âmbito técnica, sociológica e jurídico-política, que justifiquem uma reabertura da discussão na mesma questão de direito, sobretudo, a matéria do consentimento da gestante no processo da gestação de substituição, a qual declarada inconstitucional no primeiro Acórdão, subsistindo assim a incongruência com os princípios da CRP¹⁸⁵.

No final, o TC reafirmou a inconstitucionalidade das duas normas apreciadas, pelas mesmas razões citadas no Acórdão anterior, dado a violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado segundo o princípio da dignidade humana, e ao seu direito a constituir família, revela-se uma restrição excessiva dos mesmos.

Capítulo V – Procriação medicamente assistida e direitos fundamentais

Após um estudo sobre os dois Acórdãos referidos, verificam-se dois aspetos cruciais que temos de prestar mais atenção a fim de possibilitar o regime jurídico de gestação de substituição e a celebração do respetivo contrato em Portugal.

5.1. O respeito pela dignidade da pessoa humana da gestante

No regime da maternidade de substituição, uma das partes mais frágeis que merece a nossa atenção é a gestante.

Em geral, quando se refere a dignidade da pessoa humana, entendemos a sua

¹⁸⁵ Cfr. o Ac. do TC n.º 465/2019, subscrevemos no último argumento da declaração de voto, escrito por MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS.

importância primacial, por isso mesmo, esta noção encontra-se logo no primeiro art. da CRP que consagra os fundamentos da República Portuguesa, assentando estes na vontade popular e também na dignidade da pessoa humana, com vista à concretização de uma sociedade justa, livre e solidária, garantindo o respeito pelos direitos de cada pessoa. Em virtude de este ser um valor supremo, todas as normas constitucionais têm de ser compatíveis com este valor. Caso contrário, tais normas não estão a ser respeitadas.

Deste modo, no âmbito da maternidade de substituição será a dignidade humana da mulher gestante protegida?

Na relação jurídica estabelecida por força do contrato de maternidade de substituição, é exigido à gestante que renuncie antecipadamente (antes do início do processo terapêutico) à titularidade da maternidade, servindo como um meio para atingir a finalidade do casal. Desta forma, contraria-se o pressuposto da dignidade da pessoa humana, a saber, “*a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais*”¹⁸⁶. Numa primeira análise parece valorizar-se demasiado a vontade do casal beneficiário, traduzindo-se na concretização do seu desejo de serem pais, revelando alguma falta de consideração pela dignidade da gestante, sem que se tenha em conta o interesse desta última. Daí que o acórdão do TC n.º 225/2018 tenha declarado a inconstitucionalidade de algumas normas do regime jurídico da gestação de substituição. Para salvaguardar a família, e igualmente, a dignidade da pessoa humana, neste contexto da gestante, segundo a al. e) n.º 2 do art. 67.º da CRP, compete ao Estado legislar prudentemente a questão em relação à PMA, incluindo justamente a maternidade de substituição.

Subscrevemos a declaração da inconstitucionalidade no Ac. citado, não nos esquecemos que uma das condições da admissibilidade do modelo português de gestação

¹⁸⁶ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 198.

de substituição é que o mesmo não atenta contra a dignidade da gestante. A seguir, vamos apresentar as nossas sugestões numa tentativa de assegurar a dignidade da gestante.

Considerando-se a gestante não como um “instrumento controlável”, mas antes numa tentativa de conciliação dos seus intentos com os dos beneficiários, verificamos que os seus deveres, emergentes do contrato de maternidade de substituição, têm de confirmar a sua dignidade humana e o seu respeito por parte dos beneficiários, devendo estes últimos respeitar a vontade e as necessidades da gestante, tendo em conta que são eles que estão a recorrer ao serviço da gestante. Pois, antes de a gestante dar o seu consentimento na realização da técnica, todas as informações relevantes lhe serão prestadas.

Ademais, também não é correto pensarmos que todos os deveres contratuais são necessariamente manipuladores da gestante, na medida em que são provavelmente exigências para garantir o bem-estar do bebé. Como é habitual numa mãe responsável, quer no caso de maternidade natural, quer no caso de maternidade de substituição, a progenitora tenta sempre evitar realizar quaisquer atividades de risco para a criança. Esta limitação voluntária transitória trata-se como um ato de amor e responsabilidade, em vez de um ato ofensivo da liberdade da autodeterminação e da dignidade da gestante, percebemos que o bem-estar da criança surge sempre como valor superativo e primeira preocupação. Aqui, a dignidade da gestante ainda está em proteção.

Tendo cumprido a gestante os deveres possíveis mencionados, vem a obrigação primacial que é a entrega da criança ao casal beneficiário após o parto, cumprimento este que deve corresponder à vontade antes estabelecida. Cumpre salientar que a exigência de manter a atualidade do consentimento da gestante durante todo o processo da maternidade de substituição com o fim de garantir a sua dignidade humana. O respeito pela dignidade da gestante parece apenas verificar-se quando lhe é conferido um período de tempo razoável para decidir da renúncia da maternidade e da entrega da criança. Por outras

palavras, a gestante deveria ter a possibilidade de exercer um direito ao arrependimento mesmo após o parto, para ficar com a criança e assumir a maternidade. No que a este respeito se refere, o art. 14.º, n.º 4 e n.º 5 e o art. 8.º, n.º 8 da LPMA, admitem apenas a revogação do seu consentimento “até ao início dos processos terapêuticos” de PMA, o qual é um aspeto que concluiu o TC incompatível com a Constituição portuguesa.

Convém o legislador repensar sobre esta matéria. Desde o início até ao fim do procedimento de maternidade de substituição que passa por uma gravidez e por um parto, as hormonas derivadas da gravidez afetam necessariamente em maior ou menor medida o seu corpo, a sua emoção e o seu pensamento, essas imprevisibilidades e incertezas traduzem provavelmente uma mudança da sua decisão relativamente a todo o processo e o seu papel nesse mesmo processo, mantendo-se solidária com o projeto parental do casal beneficiário ou assumindo ela própria o seu projeto parental.

A concessão do citado direito à gestante permite assegurar que a sua vontade é respeitada e que o seu consentimento manter-se-á durante todo o processo, até mesmo ao momento final da entrega da criança ao casal beneficiário, afastando dessa forma a violação da sua dignidade pessoal e conseqüentemente a violação da Constituição. Destarte, recorrendo a uma analogia com o regime da adoção, presente no art. 1982.º n.º 3 do CC, “a mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto”, pois, porquê não conceder o mesmo tempo de reflexão à gestante no caso de maternidade de substituição¹⁸⁷. Sendo esta analogia com o regime da adoção apenas uma referência, é claro que compete ao legislador regular um prazo mais adequado quanto ao direito ao arrependimento no contrato da maternidade de substituição.

Nos termos do regime jurídico da gestação de substituição em aprovação, de acordo com o preceito n.º 7 do art. 8.º, “a criança que nascer através do recurso à gestação de

¹⁸⁷ No mesmo sentido escreve MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, na sua obra citada, p. 20.

substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários”, normativo este que não pode ter lugar quando sustentamos que a gestante poderia exercer o direito ao arrependimento, recusando entregar a criança aos beneficiários.

Tendo em consideração o direito ao arrependimento, tal não significa que a balança pende para o lado da gestante em detrimento do projeto parental dos beneficiários, que sempre estiveram dependentes da solidariedade da gestante, significa antes que são respeitados os direitos de todos os intervenientes do processo da gestação de substituição. Para além disso e porque, neste cenário, haverá um conflito de parentalidade surge uma oportunidade de ser colocado o caso a um tribunal e o juiz fazer, casuisticamente, uma avaliação tendo sempre como primado o superior interesse da criança.

Reiteramos que a gestante não pode ser considerada como uma mera ferramenta reprodutiva, pelo contrário, é uma participante solidária e voluntária, tendo a vontade de auxiliar o casal a ultrapassar o seu obstáculo de infertilidade, ao suportar uma gravidez a favor deste. Sendo a gestante uma pessoa titular de direitos jurídicos, onde se inclui o direito de personalidade¹⁸⁸, tem assim o direito de dispor sobre o próprio corpo¹⁸⁹, suportando uma gravidez em prol de outros, e ao fazê-lo em plena liberdade e num ato de solidariedade e voluntariedade é expressão plena do seu direito de personalidade e da sua capacidade de determinar a sua própria vida e fazer as suas escolhas.

Posto isto, a prática de gestação de substituição não conduz necessariamente à violação da dignidade de pessoa humana, particularmente da gestante. Pois a escolha de aceitar ser gestante é uma opção da sua vida, opção livre e voluntária, enquanto expressão da sua dignidade e enquanto opção de aceder ou não a esse contrato.

¹⁸⁸ Por contraste, não tendo uma coisa direito de personalidade, nem a capacidade de exercício, não são sujeitos de relações jurídicas, pelo que a gestante nunca pode ser vista como uma coisa ou um instrumento, sendo ela dotada de direitos de personalidade.

¹⁸⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit., p. 64.

Por seu turno, o parecer n.º 104/CNECV/2019 demonstra mormente as observações negativas da questão da admissibilidade da revogação do consentimento pela gestante até ao fim do prazo para o registo da criança, apontando que o destino do projeto parental se submete completamente à vontade da gestante, sem considerar os direitos dos beneficiários de tal projeto. Frisa-se, após ter sido iniciado o tratamento terapêutico, um concurso positivo da parentalidade entre os autores do projeto parental e a gestante quando esta se desvincular do contrato. Assim, é suscetível que seja malogrado o projeto parental dos beneficiários.

Se se pensar que a revogabilidade do consentimento da gestante é descurar a parte dos pais beneficiários, entretanto a irrevogabilidade do mesmo é desatender a parte da gestante. Face ao dilema, a melhor solução foi a apresentada por Margarida Silvestre no sentido da qual será através da prevenção da circunstância em que a última exercer o direito ao arrependimento¹⁹⁰. Para este fim, seria importante e benéfico que a candidata a gestante já tivesse filhos e que a mesma tenha tido a possibilidade de ter acompanhamento psicológico durante todo o processo e principalmente no momento da entrega da criança¹⁹¹.

5.2. O direito da criança a conhecer a sua identidade genética e verdade biológica

Nos termos do n.º 1 do art. 15.º da LPMA, prevê que a regra é o sigilo sobre a identidade dos participantes nas técnicas de reprodução assistida, tal como sucede com os dadores de esperma, dadoras de óvulo e a mulher gestante, a não ser que se verifique alguma razão ponderosa, a qual deverá ser reconhecida por sentença judicial (n.º 4 do mesmo art.)¹⁹². Assim, não olvidando a LPMA não regular uma proibição absoluta deste

¹⁹⁰ MARGARIDA SILVESTRE, “Que futuro para a gestação de substituição em Portugal? Um comentário”, in *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, MARIA JOÃO ANTUNES, MARGARIDA SILVESTRE (coord.), Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2018, p. 47-48.

¹⁹¹ MARGARIDA SILVESTRE, *ob. cit.*, p. 47-48.

¹⁹² Na Dinamarca e no Reino Unido, o regime de anonimato dos dadores de matérias biogenéticas foi abolido,

assunto, as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, podem obter informação sobre a identificação civil, ou seja, o nome completo (n.º 5 do art. citado) do dador contanto que possuam idade igual ou superior a 18 anos, junto do CNPMA. Paralelamente, conforme o n.º 3 do artigo referido, possibilita-se a obtenção de informação para afastar a eventual existência de impedimento matrimonial legal.

Apesar de haver maneiras legais referidas de conhecer o traço genético, verifica-se outro meio social para o mesmo fim. Conforme se sabe, o esperma ou o ovócito doado contém necessariamente o ADN dos dadores, à medida que o crescimento dos megadados e o aumento de banco de dados, os exames de ADN são cada vez mais acessíveis, existindo assim sempre a possibilidade desta identificação¹⁹³.

Convém relembrar que o disposto n.º 3 do art. 8.º da LPMA impede a gestante, em caso algum, de ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que participa. Isto quer dizer que a respetiva dadora nunca será a gestante, por conseguinte, neste caso, o direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito do conhecimento da identidade da gestante são duas discussões distintas¹⁹⁴.

Pela análise do art. 15.º da LPMA, as exceções que permitem o levantamento da confidencialidade quanto à identidade dos participantes no procedimento de PMA aplicam-se apenas à identidade dos dadores do material genético, porém, não o admite relativamente à revelação da identidade da mulher gestante. Dito de outra forma, a pessoa gerada com o recurso a prática de maternidade de substituição não pode ter acesso — em

em 2012 e 2005, respetivamente. Todavia, em França, o regime mantém o caráter anónimo. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 41-42.

¹⁹³ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Quis saber quem sou: Direito à identidade pessoal e procriação medicamente assistida entre a ocultação mimética e a revelação aletéica. Em diálogo com Miguel Oliveira da Silva”, in *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, MARIA JOÃO ANTUNES, MARGARIDA SILVESTRE (coord.), Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2018, p. 77-78.

¹⁹⁴ Relativamente a esta matéria, cfr. o Ac. TC n.º 225/2018, 7 de maio, p. 1933.

absoluto — à identidade da sua gestante, o que viola obviamente os direitos à identidade pessoal do ser humano, consagrados nos n.º 1 e n.º 3 do art. 26.º da CRP.

Ora, a criança nascida via esta prática e legalmente considerada como descendência dos pais beneficiários¹⁹⁵, poderá ser titular do direito ao conhecimento da identidade da gestante?

De acordo com a CRP todo o ser humano tem direito ao conhecimento da sua identidade pessoal, da sua história, da sua ascendência. Assim, para o efeito, antes de continuarmos a abordar sobre esta matéria, convém entendermos melhor o conceito do direito à identidade pessoal.

Na opinião de Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁹⁶, o direito à identidade pessoal refere-se “*garantir aquilo que identifica cada pessoa com indivíduo, singular e irreduzível, ele abrange seguramente, além do direito ao nome, um direito à historicidade pessoal*”. Para esses autores, “*o direito à historicidade pessoal designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, podendo fundamentar (...) um direito à investigação da paternidade e da maternidade.*” Confessam, porém, que existe dificuldades relativamente ao direito ao conhecimento dos progenitores nos casos recentes como o de inseminação artificial heteróloga e o das maternidades de substituição.

No entendimento de Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁹⁷, “*a identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto entidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. (...) O direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal*”. Continua os autores, “*a identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal.*”

¹⁹⁵ Nos termos do art. 8.º, n.º 7 da LPMA.

¹⁹⁶ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p.462.

¹⁹⁷ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 444.

Os pormenores da concepção e do nascimento da criança, designadamente a origem genética e a história biológica, são componentes importantes e únicas para a existência de todos os seres humanos e que distinguem cada uma das pessoas humanas, o que necessariamente não é exceção para as crianças nascidas com recurso a técnicas de PMA, e em particular, as quais nascidas em consequência do contrato de gestação de substituição.

No relatório do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), menciona Miguel Oliveira da Silva a verificação da influência decisiva na criança assim criada no ambiente intrauterino, até ativar ou desativar a respetiva expressão de alguns genes, dependente do útero em que é gerada¹⁹⁸. Assim, a gestante possui um papel significativo durante todo o processo de maternidade de substituição, ela faz parte da história da criança assim criada e, portanto, integrante da vida da última.

Sendo assim, a nossa convicção é que a criança assim gerada deve ter o direito a saber toda a verdade, tendo consciência sobre as circunstâncias e os factos da sua concepção e nascimento, não apenas da sua origem genética (quem é o dador, se houver), mas igualmente da forma como foi gerada (quem é a mãe gestante).

É inevitável que estamos perante um conflito de direitos fundamentais, por um lado, o direito à identidade pessoal da criança assim gerada, por outro lado, o direito à intimidade da vida privada e familiar da gestante. Tendo em vista encontrarmos uma solução de equilíbrio, colocamos como um cenário possível, que a lei poderia dar este direito à pessoa nascida via essa técnica de PMA e dar à gestante o direito de escolha entre o regime do anonimato ou o da identificação¹⁹⁹. Deste modo, quando a criança assim gerada tem a vontade de exercer o direito à sua identidade pessoal acedendo à identificação

¹⁹⁸ “O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado: há uma diferente identidade (até epigenética)”. A criança assim nascida é condicionada e determinada pela mulher onde foi gerada, simultaneamente, esta última também é alterada, biologicamente, emocionalmente e espiritualmente, pela criança para sempre. Cfr. MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Relatório sobre procriação medicamente assistida (PMA) e gravidez de substituição*, cit., p. 29-30.

¹⁹⁹ Veja-se nota do rodapé n.º 202.

da gestante, e simultaneamente, a gestante optou por dar essa identificação, é provável que se reúnam essas vontades, desde que verificados certos pressupostos jurídicos.

No que diz respeito à obrigação de sigilo, é certo que o Ac. n.º 225/2018 do TC já se pronunciou pela inconstitucionalidade da característica da confidencialidade no art. 15.º da LPMA²⁰⁰, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas assim nascidas. Ocorre, do nosso ponto de vista, sob pena de melhor entendimento, que na prática esta obrigação de sigilo seria seriamente colocada em crise desde logo pela gratuitidade do contrato de maternidade de substituição, pelo que a gestante será via de regra familiar ou amiga próxima dos pais beneficiários, como ainda será muito difícil eles esconderem a realidade da gravidez do seu meio social e familiar²⁰¹, onde se incluem os pais beneficiários e a própria criança.

Deste modo, afigura-se que o regime do anonimato é, tanto prática como juridicamente, inviável. A nosso ver, não defendemos que deva ser proibido o acesso à identidade da gestante nem que deva ser obrigatoriamente compelido, o que a lei deve permitir é assegurar e conferir o direito à identidade pessoal, neste caso, às pessoas nascidas via contrato de maternidade de substituição, deixando aos interessados a possibilidade de escolha, se deve exercer este direito ou não. Por nossa parte, a verdade histórica do ser humano é obviamente importante, ainda assim, cabe a cada pessoa decidir que se a respetiva realidade será também importante para ela ou não, somente consideramos que deve ser-lhe dada essa possibilidade.

Num futuro próximo, a legislação deveria abolir o instituto do anonimato absoluto a que se refere a maternidade de substituição ou, pelo menos, adaptar-se ao regime do anonimato mitigado²⁰², tal como se aplica em relação aos dadores. Contudo, mesmo que se

²⁰⁰ Cfr. Ac. TC n.º 225/2018, 7 de maio, na parte da decisão *e*), p. 1946.

²⁰¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Breve análise de duas questões problemáticas”, cit. p. 37-38.

²⁰² No mesmo sentido, PAULA MARTINHO DA SILVA, MARTA COSTA, *A lei da procriação medicamente*

aceite este regime, como as informações inerentes não constam no assento de nascimento ou em quaisquer documentos oficiais, nem se verifica um sistema independente dos pais sobre as informações à criança²⁰³, por conseguinte, a revelação depende da iniciativa dos pais²⁰⁴. No fundo, como é que se pode garantir o direito ao conhecimento das origens genéticas e verdade biológica das potenciais crianças assim nascidas é uma questão complexa cujas respostas ainda não são satisfatórias²⁰⁵.

Capítulo VI - Admissibilidade da maternidade de substituição

Perante a questão da maternidade de substituição bastante discutida no nível nacional e igualmente internacional, há constantemente posições divergentes umas que repugnam ao passo que as outras apoiam, pois, não é de estranhar que se verifiquem os argumentos ou fatores a sustentar cada uma das posições. Reiteramos que a postura que nos parece preferível é o lado positivo sobre esta questão, da sua admissibilidade. Contudo, é sempre conducente observarmos os argumentos que se traduzem na sua oposição. Deste modo,

assistida anotada (e legislação complementar), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 99. Quanto aos modelos do anonimato, JOÃO CARLOS LOUREIRO apresentou cinco modelos do anonimato, são as seguintes: a) modelo anonimato absoluto onde a identificação nunca poderá ser divulgada, como se se tratasse de um segredo inviolável; b) modelo do anonimato mitigado: em regra, o anonimato mantém-se, mas pode ser quebrado por razões excecionais e que o justifiquem; c) modelo do direito ao conhecimento da ascendência genética: em princípio, reconhece-se tal direito, caso não se verifique alguma circunstância que julga ponderoso o sigilo ou anonimato; d) modelo do direito ao conhecimento da ascendência genética: admite-se o direito ao conhecimento da ascendência genética sem condição; e) modelos mistos ou duais: pode-se optar pelo anonimato ou pela identificação, indiferentemente. *Idem*, “Quis saber quem sou”, cit., p. 80-82.

²⁰³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 42.

²⁰⁴ Em vários estudos concretizados nos países nórdicos verificou-se que a maior parte dos pais beneficiários não revelaram às suas crianças a realidade da sua origem. MARGARIDA SILVESTRE, *ob. cit.*, p. 47.

²⁰⁵ Nos casos de homomaternidades, sendo indispensável a participação de um terceiro, é mais provável que a criança tenha o acesso à realidade da sua história e consequentemente à relevante informação, isto é, a forma como foi concebida, com recurso a dadores de gâmetas e eventualmente com recurso a uma gestante. Por sua vez, é menos provável que a criança tenha conhecimento do seu modo de conceção quando crescer em uma família constituída por um casal heterossexual, e muito menos tenha a vontade de conhecer a sua verdade biológica e/ou genética. Pelo que, foi proposta a oferta de benefícios fiscais aos pais beneficiários como forma de os sensibilizar a informarem os seus filhos da forma como foram concebidos e gerados (quando o são via recurso às técnicas de PMA) e também possibilitando-lhe conhecerem os dadores do seu material genético (quando houve necessidade de recorrer a dadores para a realização da técnica). Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO, *ob. cit.*, p. 104-105. Assim, por nossa parte, acreditamos que assim se pode incentivar os pais beneficiários, no caso de recurso à técnica de PMA, bem como à prática de maternidade de substituição.

porventura nos possam ajudar a aperfeiçoar o nosso regime jurídico.

6.1. Argumentos desfavoráveis

6.1.1. Instrumentalização da criança

Antes de mais nada, há quem defenda que o contrato de maternidade de substituição é inconciliável com o interesse da criança, no qual é o mais essencial. O nascimento de uma criança por base da relação contratual apresenta-se como um meio para realizar fins alheios, neste caso, dos pais beneficiários. Assim, é atingido o desejo dos pais contraentes inférteis enquanto é omitido o interesse da criança assim nascida, colocando-o no lugar secundário. A utilização da criança como instrumento para uma finalidade logo viola a sua dignidade.

Todavia, o argumento apontado não é por nós partilhado. A iniciativa dos pais beneficiários de celebrar o contrato é, em boa verdade, para ter um filho biológico e construir a família, satisfazendo os seus interesses. Não se diga que os pais que procriem filhos sem recorrerem à PMA não o fazem com o mesmo propósito? Ao dizer que a existência deste tipo de contrato não visa proteger o interesse da criança, então, quem é que pode assegurar que os interesses das crianças dos pais férteis sejam mesmo garantidos²⁰⁶?

Mesmo que tal contrato seja primeiramente²⁰⁷ destinado à satisfação dos pais beneficiários de serem pais, constituindo a família com o seu herdeiro genético, a nosso ver, esse interesse dos pais não prejudica necessariamente o superior interesse da criança assim nascida. O superior interesse da criança não depende meramente da existência da relação

²⁰⁶ A autora aponta que muitos casais “normais” procriam crianças para salvar o casamento, para se realizarem pessoalmente, ou para outras razões para além do interesse da criança que vier nascer. Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 48-49. No sentido contrário, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas!)*, cit., p. 55, nota 40. Para o autor, é dificilmente aceitável que o contrato de gestação de substituição é no interesse do filho. Por mais que o valor do interesse abstrato de nascer, o que importa é o interesse concreto de uma criança viva.

²⁰⁷ Quando usamos a palavra “primeiramente” no contexto, não estamos a implicar a importância, que releva o interesse dos pais contratantes em comparação com a criança, mas a ordem cronológica, a vontade dos pais é o começo do contrato de maternidade de substituição.

jurídica que nasceu do contrato de maternidade de substituição, porém, o que realmente irá salvaguardar o seu superior interesse será a forma como os pais a irão acolher, receber, educar, amar e cuidar.

6.1.2. Coisificação e exploração da mulher gestante

Encontramos argumento semelhante no contexto da gestante. Os opositores da prática em causa alegam que a gestante passa a ser uma incubadora da criança de outrem, tal como a criança assim gerada, é utilizada como uma mera coisa pelos contratantes. Acrescendo que as vidas quotidianas da gestante são controladas e restringidas pelos últimos, atentando assim a sua dignidade.

A questão acima citada estende-se a outra questão igualmente problemática, o que constitui mais um motivo para os defensores no sentido da rejeição do contrato de maternidade de substituição, isto é, a exploração da gestante. Tal revela-se mais nos casos de mulheres economicamente carenciadas, onde muito provavelmente as candidatas a gestantes serão as mulheres pobres que se submetem aos ricos que não podem ter os seus próprios filhos.

Todavia, nas hipóteses acabadas de mencionar, temos uma perspectiva divergente. Primeiro, o papel da gestante é o de uma participante, um sujeito jurídico no contrato de maternidade de substituição, cujo fundamento é o seu consentimento livre e esclarecido. Portanto, a gestante tem a liberdade de se comprometer ao tal contrato ou não, exercendo o seu direito de autodeterminação, ninguém a pode obrigar. Segundo, os controlos destinados à gestante acima referidos, desde que sejam razoáveis para a saúde da criança, bem como da gestante, devem ser aceitáveis. Os pais beneficiários e a gestante deliberarão profundamente as cláusulas contratuais, em particular, os limites relacionados às condutas desta durante a gravidez. Só seria a violação da dignidade da gestante se a sua decisão

adviesse da coerção ou tais disposições não fossem justificáveis, levando mesmo à coisificação da gestante. Enfim, com a supervisão do CNPMA, acreditamos que tais hipóteses mencionadas podem ser liminarmente reduzidas.

Com respeito à exploração da gestante, mais uma vez, já nos é difícil concordar com esta afirmação. As palavras de “pobreza”, “analfabetismo” ou “ignorância” são cada vez menos sinónimas para as candidatas de gestante. Ao invés, são mulheres de nova era com uma mente independente, agregando a prática de maternidade de substituição. Adicionalmente, uma mera divergência da riqueza entre os pais beneficiários e a gestante não é suficiente para comprovar que esta esteja necessariamente sob exploração. Vera Lúcia Raposo exemplifica, *“o cliente de um restaurante de luxo tem em regra um nível económico superior ao do empregado que o serve, sem que isso signifique que este último é explorado por aquele primeiro”*²⁰⁸. Muitos países que aceitam o contrato de maternidade de substituição a título gratuito não o admitem a título oneroso com a intenção de evitar a exploração referida.

6.1.3. Perturbação da instituição de família

Outro argumento tem a ver com a concepção inerente às pessoas. Desde sempre, geralmente, o facto de ser uma mãe tem de decorrer quase nove meses de gravidez. O surgimento da maternidade de substituição incomoda o conceito tradicional de família, particularmente a função da mãe, na medida em que tal realidade divide a maternidade em dois, às vezes até em três. Assim sendo, não admira que para alguns públicos seja difícil para não dizer impossível aceitar isso.

Não obstante, face ao surgimento de diferentes formas de família, o que ocorre com

²⁰⁸ O contrato de maternidade de substituição não é uma maneira simples de lucrar (se o contrato oneroso), nem um mecanismo de exploração. Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, “A idade da inocência: podem os contratos de gestação sobreviver sem lei reguladora?”, cit., p. 146.

uniões de facto, famílias reconstituídas, famílias monoparentais, famílias homossexuais, até adoção. Em boa verdade, tal conceito tradicional de família tem variado ao longo do tempo, já deixou de ter o seu perfil original. Concluindo, como sucede Vera Lúcia Raposo, “*A condenação de construções familiares fundadas na maternidade de substituição implica a condenação de outro tipo de famílias*”²⁰⁹. Temos confiança de que, no futuro o público geral aceitará paulatinamente uma nova estrutura familiar baseada no regime da maternidade de substituição, como agregou as restantes formas de família.

6.1.4. Desconformidade com critério geral do estabelecimento da filiação

De acordo com o art. 1796.º/1 do CC, a maternidade resulta do facto do nascimento de uma criança. Facto este que tem sido um absoluto, até que surgem novas práticas de conceção e de gestação que vieram permitir, com o auxílio das técnicas de PMA, a maternidade de substituição, que veio fazer repensar o assunto de estabelecimento da filiação, pois a mãe não tem que ser necessariamente quem suporta a gravidez e dá à luz aquela criança. Importa ainda não descurar a presunção da paternidade em função da maternidade, uma vez que o pai de uma criança será geralmente o marido da mãe, presente no n. 2 do art. supracitado. Pois, nos casos “normais”, dissemos que a parentalidade jurídica coincide com a verdade biológica.

Dado o avanço da tecnologia e ciência, generalizando a fertilização in vitro, verifica-se a dissociação da maternidade, ou seja, é possível a gestante dar à luz uma criança, cujo material genético não tem nada a ver com aquela, mas antes, a contribuição do património genético é do casal beneficiário (pelo menos um deles). Neste cenário, a realidade do parto perde o carácter distintivo da maternidade, levantando a incerteza em si e também da paternidade. Será que essa criança é filha da gestante ou dos pais contratantes?

²⁰⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit. p. 53.

A Lei de gestação de substituição dispõe um caminho inovador em relação ao estabelecimento da filiação, o qual é incompatível com o previsto indicado no CC, a criança nascida nesta circunstância é tida como filha dos pais beneficiários, sendo o vínculo de filiação constituído por via contratual, opta-se por deixar o critério biológico.

Sobre se o biologismo pode não servir como o critério jurídico da parentalidade, afigura-se que a resposta é sim, especialmente quando olhamos para as hipóteses da perfilhação, adoção e formação dos embriões com matérias genéticas de dadores, o legislador permite exceções. Tais situações citadas são comprovadas pela lei e aceites socialmente há algum tempo, estabelecendo a filiação mesmo sem correspondência com a verdade biológica ou genética. Deste modo, podemos notar que o Direito da Família valoriza a importância da vontade privada no âmbito de filiação.

No ensinamento de Guilherme Oliveira²¹⁰, o critério clássico de respeitar a verdade biológica no Direito Civil já não reflete plenamente a nossa presente sociedade, ao invés, ampliando o critério da vontade relativa à assunção da responsabilidade pelo cuidado da criança. Posto isto, parece-nos que não é relevante só a relação biológica ou genética, mas antes a afetiva também, às vezes ainda releva mais. Dado o acolhimento da vontade privada, será mais fácil aceitar o estabelecimento da filiação acordada pelas partes, por meio do contrato de maternidade de substituição.

Claramente, não estamos a desmoronar o critério geral do CC, o que é direto e simples, porém, apenas acreditamos que não é o único parâmetro da determinação da parentalidade.

²¹⁰ GUILHERME OLIVEIRA, “Critérios jurídicos de parentalidade”, in *Textos de direito de família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 302, disponível em https://digitalis.uc.pt/pt-pt/livro/textos_de_direito_da_fam%C3%ADlia_para_francisco_pereira_coelho (26.06.2020).

6.2. Argumentos favoráveis

6.2.1. Autonomia privada

No âmbito da contratualização, um dos princípios fundamentais que forma a base de todo o direito contratual é o da autonomia privada, o qual se reflete na liberdade contratual²¹¹. Assinala este princípio que as partes têm direito e liberdade de celebrar contratos, até contratos diferentes dos consagrados no Direito Civil, a fim de concretizar os seus interesses, tal como estatui o art. 405.º do CC. Logo, esta disposição aplica-se também no contrato de maternidade de substituição, ainda que não se encontre previsto este contrato de prestação de serviço atípico no CC, sendo um contrato atípico.

Deste modo, a celebração do contrato de maternidade de substituição reflete a autonomia privada, sendo vista como elemento relevante para a realização da personalidade humana, cuja base essencial é a vontade das partes. Qualquer defeito imposto na vontade das partes pode prejudicar a validade do contrato. Para tal, leva-se em conta o consentimento que tem de ser livre e esclarecido por ambos os contraentes, ou seja, devem ser previamente informados de todos os benefícios e riscos decorrentes da gestação de substituição e igualmente das suas implicações éticas, sociais e jurídicas. Logo, a garantia do consentimento deve ser protegida de tal modo a que a autonomia contratual possa prevalecer.

6.2.2. Direitos sobre o próprio corpo

Em certa medida, o corpo humano é um objeto, um bem, nas palavras de Luísa Neto²¹², é a “*carapaça*” da pessoa, pois que não se confunde com a pessoa²¹³. Como

²¹¹ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 226.

²¹² LUÍSA NETO, “o direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I (2004), p. 235.

²¹³ Um corpo é um transportador do ser humano, entretanto, uma pessoa dispõe para além de corpo, bem como de mente.

somos os nossos próprios titulares, admitimos que o nosso corpo nos pertence, na medida em que temos controlo sobre o nosso corpo, desde que tal ato não conduza a lesões sobre outrem. Aplicando este conceito à maternidade de substituição, a gestante deve ter a liberdade de agir sobre o seu corpo, podendo optar por o usar para suportar a gravidez e dar à luz uma criança a pedido dos pais beneficiários e para realização do seu projeto parental. Neste cenário, verificamos aqui presente a disposição sobre o corpo cabe à gestante.

A prática da maternidade de substituição visa a utilização do útero da gestante — capacidade reprodutiva — com a intenção de ajudar os pais beneficiários à realização dos seus direitos reprodutivos. A disposição sobre o corpo da gestante traduz-se em lidar com os seus próprios interesses físicos, isto é, revela-se na forma de expressão do direito sobre o próprio corpo. Intervenção essa da gestante é a afirmação da sua personalidade, uma forma de exercer o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º/1 CRP)²¹⁴. Assim sendo, o legislador deve apoiar e até reger esta questão.

6.2.3. Direito a constituir família

O citado direito é um dos princípios constitucionais do direito de família²¹⁵. Entendem Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que “*o direito a constituir família conferido a todas as pessoas, casadas ou não, (...) seria em primeiro lugar, um direito a procriar e, em segundo lugar, um direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade*”²¹⁶, entendimento com o qual concordamos. Igualmente, para Vera Lúcia Raposo, pode extrair-se a conclusão do art. 36.º (epígrafe: Família, casamento e filiação) da CRP que “*a família de que aí se fala engloba, não apenas o matrimónio, mas*

²¹⁴ Cfr. o AC. n.º 225/2018 do TC, p. 1923.

²¹⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 5.ª edição, Vol. I, Impresa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, p. 130 e ss.

²¹⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 137-138.

também a procriação, livre de obstáculos ao estabelecimento da filiação”²¹⁷.

Na mesma linha, o n.º 1 do art. citado prevê que todos os cidadãos têm o direito de constituir família em condições de plena igualdade, o que é o mesmo que dizer, que todos têm o direito de procriar. Contudo, é de lamentar que uma parte das pessoas é privada do gozo de tal direito por motivo de saúde. Assim, as invenções das técnicas de PMA facultam a prática da maternidade de substituição, facto este conduz literalmente que mesmo “todos”, ou a esmagadora maioria das pessoas, incluindo as que não têm condições de saúde para suportar uma gravidez, tenham agora a possibilidade de exercer este direito, ultrapassando os obstáculos físicos, podendo assim gerar os seus próprios filhos.

Entre nós, o art. 36.º da CRP protege todos sem discriminação pelo que tanto através da procriação por meios naturais, como a por meios científicos, o exercício do direito a constituir família é um direito fundamental, pelo que não há razão para se recusar a prática de maternidade de substituição e a sua contratação. Sendo assim, a proibição de tal prática constitui diretamente um impedimento do direito reprodutivo para os casais inférteis e uma violação ao seu direito constitucional a constituir família

Antes de terminar, admitimos que a prática de maternidade de substituição pode ser uma forma de realização dos direitos reprodutivos dos cidadãos. Dado que a medida de exercer o direito a constituir família por meios de reprodução assistida traz eventualmente problemas uma vez que envolve mais pessoas, designadamente a gestante e o dador, para salvaguardar os interesses de todos envolvidos e o maior sucesso desta prática, convém que o legislador regule as condições em que se pode contratar neste sentido e quem pode celebrar o contrato de maternidade de substituição. Portanto, quer os pais inférteis, quer os participantes, podem ser devidamente acautelados e ver os seus direitos tutelados.

²¹⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit., p. 75.

6.2.4. Direito à vida

O contrato de maternidade de substituição, seja gratuito ou oneroso, se for bem conduzido, pode resultar no nascimento de uma criança, falando-se aqui do direito à vida, ao abrigo do disposto no art. 24.º da CRP. Sem qualquer margem para dúvidas, tal direito é o bem jurídico supremo da humanidade e todos os nossos direitos fundam-se nele.

Em virtude da relevância do direito à vida, este está sujeito a uma ampla tutela, para além da nossa Constituição constatar a inviolabilidade da vida humana, e em caso algum se viola este direito supremo, tanto que a exclusão da pena de morte, traduz um sinal claro de que o valor de cada vida humana é inestimável. Ao contrário das situações da eutanásia, do suicídio ajudado, ou do aborto, que colocam termo à vida humana, o objetivo da prática de maternidade de substituição é, afinal, o de trazer nova vida ao mundo com o nascimento de uma criança e bem ainda trazer nova esperança aos indivíduos inférteis que almejem ter filhos. Sendo assim, o contrato aqui em apreço que incentiva mais possibilidades de gerar vidas desejadas deve ser licitamente permitido.

Capítulo VII - As nossas recomendações legislativas

Tendo em consideração o juízo de inconstitucionalidade de 8 dos 12 números do art. 8.º da LPMA, a partir da 24 de abril de 2018, já não foi possível ter acesso à gestação de substituição, aliás, os respetivos contratos dos potenciais pais beneficiários não foram mais autorizados na medida em que eram desprovidos de um regime jurídico válido.

Todavia e uma vez mais, sendo a criança em sequência do contrato de maternidade de substituição o ser mais vulnerável²¹⁸, defende-se que devem ser tutelados os seus direitos

²¹⁸ No mesmo sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, cit., p. 91, e RUTE TEIXEIRA PEDRO, “O estabelecimento da filiação de criança nascida com recurso a contratos de gestação de substituição – reflexões à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril”, in *Temas de Direito e Bioética Vol.1 Novas questões do Direito da Saúde*, Benedita Mac Crorie, Miriam Rocha, Sónia Moreira

para garantir o seu melhor interesse. Para fomentar a proteção do superior interesse da criança, este regime tem de se apresentar como seguro, inequívoco e pleno, pois, só assim será de mais valia²¹⁹.

Pelo exposto, sendo uma alteração legislativa que urge elaborar, procuramos contribuir com as nossas propostas adiantadas neste trabalho, a fim de demonstrar que é possível haver um contrato de maternidade de substituição viável, reacendendo a esperança de quem, por infertilidade ou por impossibilidade natural (pessoas sozinhas ou casais homossexuais), pretende ser pai ou mãe, mas não o consegue concretizar de forma natural.

- I. Quanto ao âmbito dos beneficiários, verificando-se a existência de alguma discriminação em face da infertilidade, a LPMA nega as possibilidades de os casais homossexuais masculinos, e os indivíduos por si sós, sem terem companheiro celebrarem o contrato de gestação de substituição. Para a justiça, a Lei da gestação de substituição deveria estender o procedimento a todos grupos de pessoas acima mencionados, casados ou não, tal como a situação prevista em que todas as mulheres podem recorrer às técnicas de PMA, sem considerar o seu estado civil e a sua orientação sexual, respeitando o princípio da igualdade enunciado no art. 13.º da CRP.
- II. Seria aconselhável que o acesso à prática de maternidade de substituição fosse só concedido aos cidadãos em Portugal. Quer isto dizer que, seja da parte da gestante ou dos pais beneficiários, deverão ter a mesma nacionalidade, a portuguesa, e habitando em território português, pelo que somente lhes seria permitido celebrar o respetivo contrato no país da sua residência e nacionalidade. Deste modo, por um lado,

(coordenadores), *Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar e Centro de Investigação em Justiça e Governança*, 2018, p. 225, disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/direito-e-bioetica-voll-pt/> (01.07.2020).

²¹⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “O estabelecimento da filiação de criança (...)”, cit., p. 224.

dissuadia-se Portugal de ser visto como um destino de “turismo reprodutivo”, diminuindo o risco de “venda de crianças”, uma vez que se perderia o controlo quando se extravasasse a fronteira de Portugal. Por outro lado, evitava-se mais controversa nas questões respeitantes à aquisição de passaporte e da nacionalidade da criança nascida.

- III. Ao respeitar o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade e o seu direito de constituir família, garantindo a continuidade do seu consentimento ao longo de todo o processo de gravidez, seria essencial atribuir-lhe o direito ao arrependimento até ao momento em que esta tem de entregar a criança aos pais beneficiários, permitindo a revogação do consentimento da gestante até ao prazo legalmente regulado para o registo de nascimento. Nesse sentido, o cumprimento das obrigações da gestante seria verdadeiramente conforme à sua vontade em colaborar no projeto parental dos pais beneficiários.
- IV. O contrato de maternidade de substituição poderia continuar a servir como fonte de constituição da filiação, tal como já previsto no n.º 7 do art. 8.º da LPMA, ou seja, a criança nascida nesta circunstância é tida como filha dos pais beneficiários, sem necessidade de qualquer ato jurídico de transferência da parentalidade. Tal estabelecimento de filiação passaria a ser assegurado quando a gestante não exercesse o seu direito ao arrependimento dentro de um determinado período de tempo. A nosso ver, esta sugestão poderia ser uma solução de compromisso a adotar. Por um lado, levaria em conta a vontade e os interesses dos pais beneficiários de serem progenitores da criança; por outro lado, atenderia à manutenção do consentimento da gestante em todo o processo, de modo a respeitar a sua dignidade. Por último, a filiação já estabelecida poderia evitar a situação de o recém-nascido ficar sem pais, em particular, quando ambos os contraentes se recusam a ficar com ele.

- V. No que concerne ao período do tempo para a gestante exercer o seu direito ao arrependimento, deveria este ser rigorosamente definido, a fim de se efetivar a constituição do vínculo da filiação entre os pais beneficiários e a criança, em função desse período decorrido. A este propósito, pensar-se-ia numa aplicação analógica do regime de adoção, em que o tempo de reflexão é seis semanas após o parto²²⁰.
- VI. Em certa medida, cláusulas limitativas sobre os comportamentos da gestante durante a gravidez seriam permitidas, desde que sejam imprescindíveis para o bem-estar da futura criança. Portanto, seria importante a fiscalização do teor do contrato de maternidade de substituição pelo CNPMA e a intervenção da Ordem dos Médicos. A confirmação da saúde da criança é conectada à promoção do seu superior interesse, e tal é sempre o fator crucial para todas as decisões realizadas no contrato em jogo.
- VII. Pelo bem da criança, ela deveria ter o direito ao conhecimento da identidade da sua gestante e/ou do(a) dador(a). Por esse motivo, deveria ser criado um instituto público destinado a acolher e registrar todas as informações das identidades de dadores de gâmetas e gestantes. As pessoas nascidas em consequência de maternidade de substituição poderiam, desta feita, ter acesso a essas informações quando atingissem a maioridade. Uma questão é a salvaguarda do direito em causa, outra questão é o exercício daquelas pessoas influenciadas, no final, deixar-se-ia para elas a decisão de pretenderem ou não conhecer acerca da sua verdade biológica e genética.

²²⁰ V. o art. 1982.º/3 CC.

Conclusão

Tendo havido bastantes discussões sobre o regime da maternidade de substituição, ou seja, da gestação de substituição, desde antes da sua inclusão na LPMA até às suas subsequentes alterações e respetivas entradas em vigor, acreditamos que o debate continuará a ter lugar mesmo que se lance uma regulação reformada a este propósito no futuro próximo, mas nada impede a nossa posição de apoio a este regime, por consequência, acolhemos a sua contratualização. No que concerne à tipologia do contrato da maternidade de substituição, podemos extrair de que se trata de uma prestação de serviço atípica, o serviço reprodutivo.

Embora abonemos a possibilidade de recurso ao mecanismo da maternidade de substituição, a sua aplicação tem carácter excepcional, sendo única forma de reprodução possível, destinadas às pessoas por razão de saúde. Aliás, nos casos de ausência, de lesão ou de doença de útero que impeça a gravidez de ser levada até ao bom fim, assim como, e a nosso ver, no caso de pessoas com barreira fisiológica natural, ou seja, sobretudo, apenas um indivíduo interessado ou um casal homossexual masculino, os quais ficam de momento fora da consideração da LPMA, devem ser integrados e contemplados nesta matéria. Além disso, é de realçar a exigência do cumprimento de certos requisitos indispensáveis, designadamente a contribuição dos materiais genéticos de pelo menos um dos membros do casal beneficiário, mas nunca da gestante. Fora tudo disso, na nossa parte, a celebração do contrato de maternidade de substituição é inaceitável em absoluto, ou seja, se não cumprir as regras acima mencionadas, (e.g. o casal heterossexual fértil, mas a mulher meramente não quer engravidar), assim, não aceitamos o recurso à maternidade de substituição.

Apenas temos uma reserva, isto é, a imposição da natureza gratuita do contrato, na medida em que estamos abertos à possibilidade de remuneração, porém, estamos cientes

que a gratuidade é, por enquanto, mais adequada, sendo precoce a LPMA avançar para a onerosidade destes contratos e sendo mais fácil para a generalidade aceitar a sua celebração se for gratuito.

A nível de direito comparado, observamos a tendência da permissividade do regime da maternidade de substituição ou, pelo menos, não se verifica uma objeção tão firme a esta realidade. A título de exemplo, na China, em 2016, apesar de ainda não se reconhecer legalmente o regime da maternidade de substituição, houve o facto da eliminação do artigo que proibia tal regime no Projeto de Lei sobre a População e o Planeamento Familiar; por sua vez, em Nova Iorque, veio a acolher-se o regime da maternidade de substituição no ano 2021, até mesmo admitindo-se celebrar o respetivo contrato com a natureza onerosa. No plano inverso, os ordenamentos jurídicos que aceitam a prática da maternidade de substituição, nomeadamente o Reino Unido e a Índia, têm as suas leis relevantes que são constantemente atualizadas para fornecer mais garantias a todos os intervenientes, e a tornar esta realidade mais consistente com a situação social no seu país. Incumbe sublinhar que a reforma preparatória do Reino Unido recomenda que o estabelecimento da filiação deixasse de condicionar o processo legal, no qual os beneficiários seriam tidos como pais da criança, desde que a gestante não se arrependa, senão, a parentalidade transmitir-se-ia dos beneficiários para a gestante. É também digno de notar que a política indiana permite o acesso à prática da maternidade de substituição desde 2015 exclusivamente aos seus cidadãos, e mais ainda, está a planear aumentar o período de seguro para a gestante de 16 meses para 36. Dessa forma, estes dois ordenamentos jurídicos dão-nos inspirações à nossa proposta apresentada, de enquadrar um regime ajustado de modo a poder ser seguido.

Relativamente ao direito português, no nosso trabalho, através do estudo da evolução legislativa da LPMA, da passagem da Lei n.º 32/2006 para a Lei n.º 25/2016, da rejeição para a aceitação, podemos chegar à conclusão de que o legislador aponta para o acesso à

celebração do contrato da gestação de substituição, ainda que a LPMA se revele insuficiente nesta matéria, designadamente no sentido de que carece de tutela para a gestante e para a criança assim nascida. Essas considerações, portanto, foram levantadas e criticadas pelo TC, e subscrevemos o que o TC entendeu a este respeito, a saber que, à gestante deveria ser conferido o direito ao arrependimento até ao momento da entrega a criança. Todavia, a vigente LPMA descarta a importância da atualidade do seu consentimento durante todo o processo de gestação, o que viola o princípio da dignidade da gestante, o seu direito ao desenvolvimento da personalidade e a constituir família; no que concerne à criança, tem de lhe ser conferido o direito ao conhecimento sobre a verdade da sua identidade, ou seja, o modo como ela foi concebida, a identidade da sua gestante e/ou do(a) dador(a), assentado no direito à historicidade pessoal. Em qualquer situação, particularmente em que surja dúvida ou conflito, o superior interesse da criança tem sempre a prevalência e serve como indicador.

Apesar de o TC ter proferido algumas normas da LPMA como inconstitucionais, admitiu também que o modelo português de gestação de substituição não existe uma incompatibilidade com a Constituição. Posto isto, julgamos que tal afirmação reflete a suscetibilidade da celebração do contrato da maternidade de substituição, assim que o legislador tome em conta as contrariedades levantadas pelo TC na nova LPMA, consagrando o modelo com normas conformes com a CRP.

Ao defendermos o recurso possível a esta realidade, partimos dos argumentos favoráveis centrados em quatro aspetos, de forma lacónica: em primeiro lugar, para as partes, em função da liberdade contratual refletida no princípio da autonomia privada; em segundo lugar, para a gestante, que tem por base a sua tutela dos direitos sobre o seu corpo; em terceiro lugar, para os beneficiários, ressalta a solução ímpar dar continuidade aos seus laços de sangue, por força do direito a constituir família; em último lugar, para o

recém-nascido, deverá promover-se realidade de que traz vida muito esperada. No que respeita aos argumentos contra o recurso a gestação de substituição, observam-se sobretudo os baseados na instrumentalização da criança, coisificação e exploração da gestante, perturbação da instituição de família, assim como desconformidade com o critério convencional do estabelecimento da filiação. Na nossa perspetiva, tais argumentos podem ser, no mínimo, alvo de desconfiança: a criança é o objetivo para os pais mas não como um meio, o desejo pelo nascimento de um filho, é igual quer estejamos perante uma conceção natural ou uma conceção com recurso a PMA; a gestante presta o seu consentimento livre e informado, a participação traduz-se numa opção dela, livre e voluntária, não estando sujeita a qualquer imposição ou coação, e a par disso, a exploração só é verdadeira quando o trabalho não é proporcional à contrapartida, se não foi tido como um contrato gratuito, pois aqui tal alegação não tem razão de ser, enquanto que no contrato oneroso, uma boa remuneração também elimina este problema. Sobre o critério do estabelecimento da filiação previsto no CC, não deixa de ocupar o papel fundamental, só que em caso excecional, aplica-se o critério excecional. Desse modo, constituem-se mais motivos no sentido de alicerçar a nossa postura.

Chegamos quase ao final desta abordagem, confessamos que houve uma pequena limitação ao longo da nossa pesquisa. Em virtude de a Lei da gestação de substituição ter entrado em vigor pouco tempo, nem sequer existir um caso de sucesso de procriação de substituição de uma criança por meio de um contrato de maternidade de substituição em Portugal, diga-se, em boa verdade, que nos encontramos numa fase embrionária deste percurso, faltando-nos dados materiais para indagar de forma mais plena sobre as consequências inerentes. No futuro parece-nos ser previsível, que seja levada a cabo uma investigação dessa temática, que também não será fácil por força da limitação de acesso aos dados relevantes do público, já que a natureza confidencial assim o impõe. Logo, os

relatórios que irão ser realizados sobre este assunto pelo CNPMA ou pela eventual entidade responsável a criar terão uma função importante para um futuro estudo cabal desta questão. Para o efeito, é preciso existir uma entidade responsável por registar toda a informação sobre os contratos de maternidade de substituição autorizados, guardando informações tais como a identidade dos beneficiários, da gestante, do dador e da consequente criança, de modo ao rastreamento dos casos existentes.

Concluindo, com a devida reforma da Lei de gestação de substituição, passando esta Lei a considerar e tutelar os interesses da criança e da gestante, sendo esta a nossa visão, acreditamos que o contrato de maternidade de substituição poderá ser celebrado e utilizado de forma positiva. Deste modo, auxiliar-se-á, não meramente um casal ou uma pessoa por si só, nem uma família, mas diversas famílias a poderem formar-se como tal na sociedade em que se inserem, seja qual for a construção familiar, cada configuração de família que se forma na sociedade é merecedora.

Bibliografia

AHMAD, SHAIKH, “The controversial surrogacy laws in India and worldwide legal jurisdictions regarding it”, 2020, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561461&download=yes (03.05.2020).

ALGHRANI, AMEL e GRIFFITHS, DANIELLE, *The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform*, 2017, disponível em <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402> (19.04.2020).

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho, questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição”, *BFD* 94/1, Vol. XCIV, Tomo I [separata], 2018.

CAHN, NAOMI e CARBONE, JUNE, “Surrogacy in the United States of America”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 307-328.

CANOTILHO, J.J. GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

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

COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, 5.ª edição, Vol. I, Impresa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, José de Oliveira Ascensão (coord.), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, p. 93-112.

COSTA, MARTA e LIMA, CATARINA SARAIVA, “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade”, in *Lusíada, Revista de Direito* 10 (2012), disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/196> (19.05.2020).

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, BRANDÃO, NUNO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2.º edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

DUTTA, ANATOL, “Surrogacy in Germany”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 35-47.

FENTON-GLYNN, CLAIRE, “Surrogacy in England and Wales”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 115-134.

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, in *Actas do Seminário Internacional, debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto e FDUP, 2017, p. 107-126, em https://up.pt/press/wp-content/uploads/2020/02/Ebook_FDUP-PMA_2018.pdf (02.02.2020).

HORSEY, KIRSTY, “The history and potential future of UK surrogacy laws”, in *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, MARIA JOÃO ANTUNES, MARGARIDA SILVESTRE (coord.), Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2018, p. 11-24.

KAUSHIK, NIKITA, *Law in Surrogacy*, in *Indian Journal of Health & Medical Law*, julho 2019, disponível em <http://lawjournals.stmjournals.in/index.php/ijhml/article/view/296> (29.04.2020).

LATHAM, STEPHEN R., *The United Kingdom Revisits Its Surrogacy Law*, 2020, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/hast.1076> (20.04.2020).

LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, “*Building families through surrogacy: a new law (summary of consultation paper)*”, 2019, disponível em <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2019/06/Surrogacy-summary.pdf> (20.04.2020).

LEI SHI, “Surrogacy in China”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 359-376.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol. I, 15ª edição, Almedina, Coimbra, 2018.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das obrigações*, vol. III, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2018.

LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

LOUREIRO, JOÃO CARLOS, ““Quis saber quem sou”: Direito à identidade pessoal e procriação medicamente assistida entre a ocultação mimética e a revelação aletéica. Em diálogo com Miguel Oliveira da Silva”, in *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, MARIA JOÃO ANTUNES, MARGARIDA SILVESTRE (coord.), Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2018, p. 63-106.

MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

MOHAPATRA, SEEMA, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States*, 2015, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2617899 (28.04.2020).

NETO, LUÍSA, “o direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I (2004), p. 221-246.

OLIVEIRA, GUILHERME FREIRE FALCÃO DE, “Critérios jurídicos de parentalidade”, in *Textos de direito de família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, disponível em https://digitalis.uc.pt/pt-pt/livro/textos_de_direito_da_fam%C3%ADlia_para_francisco_pereira_coelho (26.06.2020).

OLIVEIRA, GUILHERME FREIRE FALCÃO DE, *Mãe há só Uma (Duas!) (O contrato de Gestação)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

OLIVEIRA, GUILHERME FREIRE FALCÃO DE, “Mães “hospedeiras”, *Tópicos para uma intervenção*”, in *Procriação assistida Colóquio Interdisciplinar*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993, p. 67-72.

OMaida Patrícia da Cruz Van-Dúnem, *Maternidade de Substituição: Solução e/ou Problema? Para uma abordagem no âmbito do Direito da Família*, dissertação apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa, 2018.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, “O estabelecimento da filiação de criança nascida com recurso a contratos de gestação de substituição – reflexões à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril”, in *Temas de Direito e Bioética Vol.1 Novas questões do Direito da Saúde*, Benedita Mac Crorie, Miriam Rocha, Sónia Moreira (coordenadores), Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar e Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2018, p. 197-225, disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/direito-e-bioetica-voll-pt/> (01.07.2020).

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, “Surrogacy in Portugal”, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, JENS M. SCHERPE, CLAIRE FENTON-GLYNN, TERRY KAAAN (eds.), Intersentia, Reino Unido, 2019, p. 229-258.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “Filhos de pai anónimo no século XXI!”, in *Actas do Seminário Internacional, debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto e FDUP, 2017, disponível em https://up.pt/press/wp-content/uploads/2020/02/Ebook_FDUP-PMA_2018.pdf (02.02.2020).

PEREIRA, MARIA MARGARIDA SILVA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, Julgar Online, janeiro de 2017, disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/> (06.02.2020).

PINHEIRO, JORGE DUARTE, “Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição”, in *Estudos de direito da bioética*, Vol. II, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (coord.), Almedina, Coimbra, 2008, p. 323-344.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria geral do direito civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

RAPOSO, VERA LÚCIA – *De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005.

RAPOSO, VERA LÚCIA e U SIO WAI, *Surrogacy in Greater China: The Legal Framework in Taiwan, Hong Kong, Macao, and Mainland China*, UCLA Pacific Basin Law Journal, 2017, disponível em <https://www.researchgate.net/> (07.05.2020).

RAPOSO, VERA LÚCIA, ““A parte gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contratual e contratos de gestação”, in *Actas do Seminário Internacional, debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto e FDUP, 2017, p. 169-188, disponível em https://up.pt/press/wp-content/uploads/2020/02/Ebook_FDUP-PMA_2018.pdf (02.02.2020).

RAPOSO, VERA LÚCIA, “A idade da inocência: podem os contratos de gestação sobreviver sem lei reguladora?”, *Revista Jurídico Centro Universitário UniSEB*, Ano I, n.º1, outubro 2011.

RAPOSO, VERA LÚCIA, “Quando a cegonha chega por contrato”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, março 2012.

RAPOSO, VERA LÚCIA, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, *Revista do Ministério Público* 149 (2017), p. 9-51.

REIS, RAFAEL VALE E, *O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal*, 2017, disponível em <https://observador.pt/opiniaao/autor/rafaelvr/> (22.04.2020).

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, “Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores”, in *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, MARIA JOÃO ANTUNES, MARGARIDA SILVESTRE (coords.), Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2018, p. 25-42.

SILVA, MIGUEL OLIVEIRA DA, “Relatório sobre procriação medicamente assistida (PMA) e gravidez de substituição”, in *Conselho Nacional De Ética Para As Ciências Da Vida*, março de 2012.

SILVA, MIGUEL OLIVEIRA DA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer - Para um debate de cidadãos*, Caminho, Alfragide, 2017.

SILVA, PAULA MARTINHO DA e COSTA, MARTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

SILVESTRE, MARGARIDA, “Que futuro para a gestação de substituição em Portugal? Um

comentário”, in *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestão de substituição em Portugal?*, MARIA JOÃO ANTUNES, MARGARIDA SILVESTRE (coords.), Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2018, p. 43-48.

SOUSA, RABINDRANATH V. A. CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

XAVIER, RITA LABO, A constitucionalização do contrato de gestão de substituição e a traição das imagens: “isto não é uma gestão de substituição”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2019, p. 345-362.

Legislação

Adoption Placement Act (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG)

Assembly Bill n.º 1217, na redação dada pelas AB 1049 e AB 1817

Assisted Reproduction Technology (ART) Bill 2008

Assisted Reproduction Technology (ART) Bill 2010

Assisted Reproduction Technology (ART) Bill 2014

Assisted Reproduction Technology (ART) Bill 2016

Assisted Reproduction Technology (ART) Bill 2019

BGB

Código Civil Português

Código Penal Português

Constituição da República Portuguesa

Decreto n.º 383/XIII

DL n.º 319/86, 25 de setembro

DR n.º 6/2017 de 31 de julho

Embryo Protection Act (Embryonenschutzgesetz – ESchG) of 13th Dec. 1990

Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

NY DRL

Projeto de Lei 122/XII

Projeto de Lei 138/XII

Projeto-Lei 131/XII

Surrogacy (Regulation) Bill 2020

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019

Case law, *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993)

Case law, In re Marriage of Moschetta, 25 Cal. 4th 1218 (1994)

Case law, In re Marriage of Buzzanca, 61 Cal. 4th 1410 (4th Dist. 1998)

Parecer e deliberação

Deliberação n.º 21-II/2017, de 24 de novembro

Deliberação n.º 20/II, de 20 de outubro

Deliberação n.º 15-II/2017, de 20 de outubro

Deliberação n.º 16-II/2017, de 20 de outubro

Parecer n.º 104/CNECV/2019

228^a Relatório da Comissão de Direito 2009

Notícias ou outros documentos

<https://www.publico.pt/2018/06/09/sociedade/noticia/nenhuma-barriga-de-aluguer-autoriza-da-tera-conseguido-engravidar-1833836>. (03.03.2020).

<https://indianembassy-moscow.gov.in/consular-general-information.php> (03.05.2020).

<https://www.cgisf.gov.in/page/guidelines-for-commissioning-of-surrogacy-in-india/>
(03.05.2020).

<https://www.familyequality.org/resources/child-parent-security-act-new-york/>
(08.05.2020).

<http://www.nhc.gov.cn/bgt/pw10303/200708/68ba58984aba4a44a3bcf74b0c3e2048.shtml>
(09.05.2020).

http://big5.www.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/fwxx/bw/wsb/content_417654.htm

(09.05.2020).

http://www.gov.cn/xinwen/2017-02/08/content_5166558.htm (09.05.2020).

<http://paper.cnwomen.com.cn/content/2015-04/10/015337.html> (10.05.2020).