



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Vélia Margarida Torres Carvalho

## GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO AO ARREPENDIMENTO

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada  
pelo/a Professor/a Doutor/a André Gonçalo Dias Pereira e apresentada  
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2020



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**

Vélia Margarida Torres Carvalho

Gestação de Substituição:  
A problemática do direito ao arrependimento

*Surrogacy:  
The issue about the right of repentance*

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

Orientada pelo Prof. Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Coimbra, 2020

## **Agradecimentos**

*Á minha mãe, uma verdadeira guerreira que sempre nos incentivou a estudar e a aprender sempre mais, o melhor exemplo de vida e de força*

*Á minha irmã que sempre acreditou em mim*

*Á minha avó que nunca se cansou de me perguntar como iam os estudos*

*Ao meu namorado, Mestre em Geografia Humana, pelo apoio e motivação incansáveis*

*Á minha amiga Dra. Maria Rita Barros, também ela licenciada em Direito nesta prestigiada faculdade, onde travámos uma amizade que durará até ao final das nossas vidas*

*Ao Prof. Dr. André Dias Pereira pela orientação, disponibilidade e apoio, sem os quais esta dissertação não seria possível*

## **Resumo**

A presente investigação retrata a problemática do direito ao arrependimento no âmbito dos contratos de gestação de substituição em Portugal, nomeadamente a ausência de consagração de um verdadeiro direito ao arrependimento na Lei nº32/2006, de 26 de julho, atualizada pelas alterações da Lei nº25/2016, de 22 de agosto.

A falta de previsão legal deste direito, que a gestante possui, fere princípios fundamentais consagrados constitucionalmente, como o princípio basilar da dignidade humana, e viola direitos importantes como o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito a constituir família.

O legislador pecou sobremaneira ao omitir a possibilidade de a gestante se arrepender e revogar o consentimento que prestou, necessário para a validade do contrato de gestação de substituição. Este silêncio não obsta a que o arrependimento da gestante seja legítimo. Em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente no Reino Unido, o direito ao arrependimento é regulado desde muito cedo, pelo *Surrogacy Arrangement Act*, de 1985.

Importa analisar quais as consequências do silêncio legislativo sobre este direito importante, que ditou a inconstitucionalidade de preceitos da Lei de Procriação Medicamente Assistida, e em que medida se poderá consagrar a livre revogabilidade do consentimento da gestante até ao termo do contrato de gestação de substituição, para que seja garantida uma real proteção aos seus direitos fundamentais, nunca esquecendo os outros sensíveis interesses e direitos em causa.

**Palavras-Chave:** Gestação de Substituição; Direito ao Arrependimento; Gestante; Direitos; Consentimento.

## **Abstract**

The present investigation portrays the problem of the right to regret in the context of substitution gestation contracts in Portugal, regarding the absence of a true right to regret in Law No. 32/2006, of July 26, updated by the amendments to Law No. 25/2016, August 22nd.

The lack of legal provision for this right that the surrogate has violates fundamental constitutionally enshrined principles, such as the basic principle of human dignity, and violates important rights such as the right to personality development, the right to start a family.

The legislator erred in omitting the possibility that the surrogate would repent and revoke the consent she gave, necessary for the validity of the surrogacy contract. This silence does not prevent the repentance of the pregnant woman from being illegitimate. In other legal systems, namely in the United Kingdom, the right to repentance is regulated by the Surrogacy Arrangement Act, 1985.

It is important to analyze the consequences of the legislative silence on this important right, which dictated the unconstitutionality of the precepts of the Medically Assisted Procreation Law, and the extent to which the free revocability of the consent of the pregnant woman can be enshrined until the end of the replacement pregnancy contract, so that real protection of their fundamental rights is guaranteed, never forgetting the other sensitive interests and rights involved.

**Keywords:** Surrogacy; Right of Repentance; Surrogate; Rights; Consent.

## **Lista de Siglas e Abreviatura**

AR – Assembleia da República;

BE – Bloco de Esquerda;

CC - Código Civil;

Cf. - Conforme;

CNPMA - Conselho Nacional Procriação Medicamente Assistida;

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

CRP - Constituição da República Portuguesa;

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

UE – Europa;

EUA – Estados Unidos da América;

Nº- Número;

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida;

P(p) - Página (s);

TC - Tribunal Constitucional;

CDHBio – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CFM – Conselho Federal de Medicina

RA – Reprodução Assistida

IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez

DR – Decreto Regulamentar

OM – Ordem dos Médicos

## Índice

Agradecimentos .....	1
Resumo.....	2
Abstract .....	3
Lista de Siglas e Abreviatura .....	4
Introdução .....	6
1.Enquadramento Histórico-Legislativo da Gestaçã o de Substituiçã o em Portugal .....	8
2.Consideraçõ es Gerais sobre o Regime de Gestaçã o de Substituiçã o .....	12
3.Análise da Problemática do Direito Ao Arrependimento .....	18
3.1.Admissibilidade do Direito ao Arrependimento noutros Ordenamentos Jurídicos ....	18
3.1.1.A gestaçã o de substituiçã o no Brasil .....	19
3.1.2.A gestaçã o de substituiçã o no Reino Unido .....	20
3.1.3.A maternidade de substituiçã o na Grécia .....	22
3.1.4.A maternidade de substituiçã o na Califórnia.....	23
3.1.5.A gestaçã o de substituiçã o na Rússia e na Ucrânia .....	24
3.2.O risco de instrumentalizaçã o do corpo da gestante.....	26
3.3.A questã o do consentimento e o princípio da livre revogabilidade das restriçõ es voluntárias aos direitos de personalidade.....	29
4.O caminho do Direito ao Arrependimento em Portugal .....	34
5.Perspetivas para uma soluçã o.....	39
Conclusã o.....	42
Bibliografia .....	44

## Introdução

A gestação de substituição, entendida como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”, tal como é previsto no Artigo 8º, nº1, da Lei nº 32/2006, de 26 de julho, na sua mais recente versão com as alterações introduzidas pela Lei nº 25/2016, de 22 de agosto, revela-se atualmente um tema controverso, que gera polémica e se assume bastante complexo a nível ético, moral, social e jurídico.

Em Portugal, nos dias que correm, assistem-se a dificuldades na sua regulamentação legal conforme à Constituição da República Portuguesa e, deste modo, escolhi o problema do direito ao arrependimento da mãe gestante para analisar nesta investigação. Com relevância acrescida neste âmbito surge o Acórdão nº 225/2018<sup>1</sup>. Este acórdão do Tribunal Constitucional nasceu pela iniciativa de um grupo de deputados que, em fevereiro de 2017, entregaram um pedido de fiscalização de constitucionalidade abstrata sucessiva da lei reguladora da gestação de substituição.

O Tribunal Constitucional veio pronunciar-se pela inconstitucionalidade de algumas normas da lei em apreço. Considera este tribunal que existem aspetos que violam direitos e princípios fundamentais, nomeadamente aqueles que dizem respeito à dignidade humana, apontando como fundamentos principais que sustentam a sua decisão a indeterminação excessiva da lei, a ausência de consagração de um direito ao arrependimento da gestante, e a ausência de concretização do regime de nulidade do contrato de gestação de substituição.

O direito ao arrependimento da gestante ergue-se, assim, como o derradeiro direito que falta consagrar na legislação que regulamenta a gestação de substituição no nosso país. A gestante possui o direito a arrepender-se. Tem de ter a hipótese de revogar o seu consentimento após o nascimento da criança que carregará durante nove meses. A ausência de consagração legal destes aspetos de grande importância entra em conflito com um seu direito fundamental, que é o direito ao desenvolvimento da personalidade, desdobrando-se

---

<sup>1</sup> Publicado no Diário da República nº 87/2018, Série I do dia 07-05-2018, podendo ser consultado em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>



este no direito a constituir família, pondo-se aqui em causa consequentemente a dignidade humana, princípio basilar de todo o sistema jurídico-constitucional português.

Ademais, coloca-se também em causa o princípio da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, consagrado no n.º2, do Artigo 81.º do Código Civil, na medida em que à luz da legislação existente o casal beneficiário da gestação de substituição pode através da via judicial tirar a criança à gestante. Ora, considera-se bastante grave tanto a frustração da pretensão do casal beneficiário como a pretensão de a gestante arrepender-se e desejar ficar com a criança, apesar de existir uma forte controvérsia a respeito desta pretensão da gestante, que pode não partilhar qualquer material genético com a criança.

Em consequência da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo TC em 2018, a gestação de substituição foi suspensa em Portugal. Foram apresentadas novas propostas de alteração, nomeadamente prevendo que a gestante pudesse revogar o seu consentimento até ao registo da criança, que não obtiveram o necessário consenso partidário para se dar resposta ao Tribunal Constitucional, que voltou a realçar a inconstitucionalidade que fere alguns preceitos normativos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, no Acórdão n.º465/2019<sup>2</sup>.

Relevante foi o projeto de lei elaborado pelo Bloco de Esquerda, em novembro de 2019, onde o partido volta a apresentar a possibilidade de a gestante retirar o seu consentimento até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança nascida, portanto vinte dias após o nascimento<sup>3</sup>.

Afigura-se deveras urgente contornar a situação insustentável em que caiu a gestação de substituição em Portugal. A lei existe, imperfeita, contudo sem que se possa a ela aceder, devido à dificuldade aparente num projeto de lei que vá de encontro ao proferido pelo Tribunal Constitucional, e que seja acolhido por todos os partidos políticos.

---

<sup>2</sup> Publicado no Diário da República n.º201/2019, do dia 18-10-2019, e pode ser consultado em <https://dre.pt/home/-/dre/125468550/details/maximized>

<sup>3</sup> *Parlamento volta a votar possibilidade de arrependimento na gestação de substituição*, artigo de 12 de novembro de 2019, disponível em <https://www.esquerda.net/artigo/parlamento-volta-votar-possibilidade-de-arrependimento-na-gestacao-de-substituicao/64363>, consultado a 20/04/2020

## 1. Enquadramento Histórico-Legislativo da Gestação de Substituição em Portugal

A gestação de substituição não é um fenómeno novo, embora só em 2006 tenha surgido, em Portugal, a primeira lei a regular esta técnica de procriação medicamente assistida: a Lei nº32/2006, de 26 de julho. Enquanto técnica de PMA, entendem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, que “*promove o direito a constituir família, à procriação.*”<sup>4</sup> Contudo, na sua versão originária, esta lei determinava a nulidade dos contratos de gestação de substituição, fossem eles gratuitos ou onerosos. Mas o que é a gestação de substituição?

GUILHERME OLIVEIRA descreve-nos, sabiamente, o contrato de gestação de substituição como “*um contrato pelo qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de «mãe».*”<sup>5</sup> A noção jurídica encontramos-la no nº1 do Artigo 8º da Lei nº25/2016, onde se entende por “gestação 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.”

Da necessidade de o legislador consagrar exceções à proibição da gestação de substituição surgiram vários projetos de lei. Para esta iniciativa contribuíram também o incentivo ao debate e a abertura legal à prática desta técnica por parte do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, culminando numa vontade política no sentido de legalizar a gestação de substituição. Realçam-se o Projeto de Lei 131/XII do PS, e o Projeto de Lei 138/XII do PSD, bem como o Projeto de Lei 122/XII do BE.

Deste modo, veio o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida elaborar um parecer em apreciação das propostas apresentadas, com exceção do projeto do BE que havia sido rejeitado, uma vez que permitia o acesso à gestação de substituição a todas as mulheres, independentemente de serem inférteis. Por outro lado, os projetos de lei do PS e

---

<sup>4</sup> Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2010, p.1366

<sup>5</sup> Cf. OLIVEIRA, Guilherme, *Mãe há só duas! – O contrato de gestação*, Coimbra Editora, 1992, pp.8/9

do PSD admitiam a gestação de substituição muito excepcionalmente, mediante a verificação de requisitos apertados, apontando-se ainda a natureza gratuita do contrato. Foram estes projetos que viriam a dar origem à redação final da Lei nº25/2016, de 22 de agosto.

O CNECV pronunciou-se, por meio do Parecer nº63/CNECV/2012, pela aceitação ética da gestação de substituição, embora com requisitos rigorosos. Uma das condições exigentes estabelecidas era a da possibilidade de revogação do consentimento prestado pela gestante em qualquer momento até ao início do parto. Se se observasse essa revogação, a criança que viesse a nascer era considerada como filha de quem a deu à luz, assumindo o CNECV por esta via a defesa de um critério intencional e genético.

Efetivamente, veio a estabelecer-se a possibilidade de o consentimento da gestante ser revogado até ao início dos procedimentos de PMA, muito embora esses preceitos acabariam por ser declarados inconstitucionais pelo TC, como veremos adiante.

A Lei nº32/2006, de 26 de julho, viria então a ser alterada pela Lei nº25/2016, de 22 de agosto, para admitir os contratos de gestação de substituição. Contudo, nesta nova versão são apenas acolhidas parcialmente as recomendações feitas pelo Presidente da República, assim como são acolhidas poucas das indicações do CNEVC, o que aprofundou a discussão em torno deste tema complexo.

RAFAEL VALE E REIS entende que as alterações recomendadas implicavam a superação das lacunas da legislação em causa e que, portanto, continuaram essas lacunas a ferir a LPMA, nomeadamente *“a não consagração do direito ao arrependimento da mãe portadora, ou seja, a impossibilidade de esta revogar o consentimento dado para o procedimento para, assim, poder ficar com a criança que gerou, após o parto.”* Adianta ainda o autor que *“é um ataque feroz ao princípio basilar da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, que o Código Civil garante há décadas.”* Ademais, *“o casal beneficiário, após o nascimento poderá, nem que seja à força, arrancar dos braços da mãe portadora a criança acabada de nascer, como se esta fosse propriedade sua e, portanto, em autêntica execução específica.”*<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> REIS, Rafael Vale e – *Erro Crasso na Maternidade de Substituição*, 2016, <https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/opiniaao/erro-crasso-na-maternidade-de-substituicao-1738773>, consultado em 15/06/2020

Face às alterações legislativas ocorridas no ano de 2016, chegou ao TC em fevereiro de 2017 um pedido de declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de alguns dos preceitos da Lei nº32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, por iniciativa de trinta deputados da Assembleia da República. Alegaram que era violado o princípio da dignidade da pessoa humana [artigo 1º e 67º, nº2, alínea e) da CRP], assim como o princípio do dever do Estado de proteção da infância (Artigo 69º da CRP), o princípio da igualdade (Artigo 13º da CRP), e o princípio da proporcionalidade (Artigo 18º, nº2, da CRP). Alegaram também a violação de direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética.

Através do Acórdão nº225/2018, de 7 de maio, veio o TC pronunciar-se pela inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos seguintes preceitos normativos da Lei nº32/2006, de 26 de julho:

“dos n.os 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e, consequentemente, das normas dos n.os 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia; do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; consequentemente, do n.º 7 do artigo 8.º; do n.º 12 do artigo 8.º; das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º; não declara a inconstitucionalidade das normas dos restantes artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mencionados no pedido; determina que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional nº225/2018, Diário da República nº87/2018, Série I de 2018/05/07, <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>

Esta decisão do TC levou a que ficasse impedida a aplicação prática da lei, até que fosse concretizada uma alteração pelo Parlamento. Foram tomadas várias iniciativas legislativas, tendo sido apenas o Projeto de Lei nº1030/XIII/4ª do BE a conformar o regime da gestação de substituição com o entendimento do TC. Desta forma, em 2019, foi aprovado o Decreto nº 383/XIII, que consubstancia uma sétima alteração à Lei nº32/2006, de 26 de julho. No entanto, o Presidente da República Portuguesa, ao abrigo do Artigo 278º, nº1, da CRP, enviou para o TC, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, duas das normas do artigo 2º do Decreto. Mais adiantou que a alteração legislativa proposta não cumpria com a anterior decisão do TC, com os mesmos fundamentos constantes do Acórdão nº 225/2018.

No Acórdão nº465/2019, o Tribunal Constitucional veio apenas manter o entendimento adotado no anterior acórdão, de 2018. De facto, reiterou que para a admissibilidade do modelo português de gestação de substituição era necessário que o consentimento livre e esclarecido prestado pela gestante fosse assegurado ao longo de todas as fases do processo, desde a celebração do contrato até à entrega da criança ao casal beneficiário. No fundo, mantém-se a proibição de revogação do consentimento da gestante após o início dos processos terapêuticos de PMA, um dos aspetos que fundamenta a posição de inconstitucionalidade que o TC mantém.

O legislador, uma vez mais, escolheu não consagrar aquela que foi considerada a única garantia capaz de assegurar a não instrumentalização da gestante no âmbito do contrato de gestação de substituição. Atualmente, muito embora se louve a iniciativa do BE em apresentar novo projeto de lei, não parece existir o necessário consenso partidário para que surja um decreto conforme ao entendimento apresentado pelo TC nos sobreditos Acórdãos.

## 2. Considerações Gerais sobre o Regime de Gestação de Substituição

A gestação de substituição enquadra-se no âmbito da Procriação Medicamente Assistida, como uma das suas várias técnicas. É de realçar a posição de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sobre a PMA e a realização dos interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, na medida em que *“a PMA poderá porventura ser considerada, ainda, uma forma de exercício do direito fundamental de constituir família previsto no Artigo 36º, nº1, da Constituição.”*<sup>8</sup>

Ademais, o Artigo 3º da Lei 32/2006, de 26 de julho, na versão que lhe é concedida pela Lei 25/2016, de 22 de agosto, diz-nos claramente que as “técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição, devem respeitar a dignidade humana de todas as pessoas envolvidas” e, logo de seguida, no Artigo 4º, ressalva-se que estas técnicas são “um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.”

Em Portugal, o acesso à gestação de substituição enquanto técnica de PMA é realizado através de um contrato. Estes contratos só serão admitidos se celebrados a título excecional, com natureza gratuita, em casos de ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher, ou em situações clínicas que o justifiquem, e sempre dependentes de autorização do CNPMA, e audição prévia da Ordem dos Médicos, nos termos do nº 2 e nº 4, do Artigo 8º da Lei 32/2006, de 26 de julho.

Aponta-se, desde já, a falta de especificação da lei relativamente a que situações clínicas poderão justificar o recurso à gestação de substituição. Por outro lado, em relação à natureza gratuita do contrato, note-se o que é afirmado pelo TC no Acórdão nº 101/2009, no sentido de que “a maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, Artigos 1º a 107º, Coimbra Editora, 2014, p.567

<sup>9</sup> Cf. Acórdão nº101/2009, Diário da República n.º 64/2009, Série II de 2009-04-01, <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>, consultado em 11/06/2020

Efetivamente, a lei proíbe expressamente qualquer remuneração à gestante de substituição, nos termos do nº5, do Artigo 8º, na redação concedida pela Lei 25/2016, de 22 de agosto, vigorando assim uma proibição dos contratos de gestação de substituição onerosos. Para fundamentar esta proibição aponta-se o princípio da proibição da obtenção do lucro, consagrado no Artigo 21º da CDHBio, isto é, “o corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros.”

A celebração de contratos onerosos de gestação de substituição significa que o beneficiário será punido com pena de prisão até dois anos, ou pena de multa até 240 dias, e que a gestante será punida com pena de multa até 240 dias, nos termos do Artigo 39º, nº 1 e 2, respetivamente, da LPMA. A tentativa é, também, punível, nos termos do nº7 do referido Artigo.

Além disso, segundo o nº3, do Artigo 8º da LPMA, “a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante”. Quando apenas um dos elementos do casal contribuir com o seu material biológico, será necessário o recurso a um terceiro, um(a) dador(a) de gâmetas.

A criança que vier a nascer através do recurso à gestação de substituição é tida, para todos os efeitos, como filha dos beneficiários, sendo este o critério de estabelecimento de filiação previsto no nº 7 do já referido Artigo 8º. O incumprimento dos requisitos estabelecidos neste preceito implica a nulidade dos negócios jurídicos celebrados, sejam de natureza gratuita ou onerosa.

Quem é que pode ser beneficiário dos contratos de gestação de substituição? Diz-nos, em resposta, o Artigo 6º da LPMA na versão mais recente dada pela Lei 25/2016, de 22 de agosto, que “*podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres*”, casados(as) ou em condições análogas às dos cônjuges, assim como todas as mulheres, independentemente do estado civil e orientação sexual. Vedado está, deste modo, o acesso à gestação de substituição por parte de casais do sexo masculino, o que se me afigura incompreensível. Será que os casais homossexuais não têm direito a concretizar um projeto parental? Não lhes assiste igualmente o direito a constituir família?

MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, sobre este tema, refere que *“uma lei que admita a gestação de substituição por casais heterossexuais ou homossexuais femininos, e a negue a casais do mesmo sexo masculinos, viola o princípio da não discriminação em função do sexo no acesso à gestação de substituição.”*<sup>10</sup> Acolho esta posição, adiantando que é uma afronta ao direito ao desenvolvimento da personalidade, na medida em que é impedido o caminho para constituir família aos casais homossexuais do sexo masculino, aliás a única forma possível de estes terem filhos, estando em causa uma violação à dignidade da pessoa humana.

Ademais, os beneficiários do contrato de gestação de substituição devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, expresso e por escrito<sup>11</sup>, devendo estar, portanto, previamente informados de todos os benefícios e riscos conhecidos que resultam da utilização das técnicas de PMA, e do significado da influência da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal. Problemático é também, como analisaremos adiante, a possibilidade prevista no n° 4, do Artigo 14° da LPMA, quanto à livre revogabilidade do consentimento de qualquer um dos beneficiários até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

O disposto no preceito seguinte da LPMA, o seu Artigo 15°, relativo à confidencialidade, revela-se igualmente problemático. A lei consagra, neste âmbito, o regime do anonimato do dador, com exceções, impondo o sigilo sobre a identidade da gestante e do próprio processo de PMA. Não obstante, foram os números 1 e 4 do referido Artigo sujeitos à apreciação pelo TC em 2017, alegando-se a sua inconstitucionalidade por violação, nomeadamente, dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética. O TC viria a pronunciar-se pela inconstitucionalidade apenas do referido no n°4 do Artigo 15° da LPMA.

O procedimento encontra-se dividido em três fases: a fase liminar, a fase decisória, e a fase executória. A fase liminar inicia-se com a chegada do formulário próprio, em que se efetua o pedido de autorização prévia para a celebração do contrato de substituição, aprovado

---

<sup>10</sup> PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, JULGAR Online, janeiro de 2017

<sup>11</sup> Cf. Artigo 14°, n°1, da Lei n°32/2006, de 26 de julho, atualizada pela Lei n°25/2016, de 22 de agosto



pelo CNPMA, e disponível na sua página da internet. Será emitida uma decisão de admissão, ou rejeição, do pedido formulado, num prazo de 60 dias.

Caso o CNPMA dê o seu parecer favorito, a documentação é enviada para a Ordem dos Médicos, para que emitam um parecer. Inicia-se, deste modo, a fase decisória. Este parecer da OM não dispõe de carácter vinculativo, e deve ser emitido também no prazo de 60 dias. Contudo, se neste prazo a OM não se pronunciar, o procedimento prossegue na mesma e será decidido. Entretanto, já terá o CNPMA procedido a uma audição do casal beneficiário, e da gestante de substituição.

Por fim, a fase executória só terá início após uma tomada de decisão, positiva ou negativa, quanto à celebração do negócio jurídico, e posterior assinatura do contrato-tipo de gestação de substituição. Nos termos da Deliberação nº18-II/2017, de 8 de setembro, do CNPMA, compete ao conselho tratar de qualquer conflito entre as partes que surja durante a execução do contrato. A Deliberação aponta ainda como formas de extinção do contrato o seu cumprimento, o não cumprimento, caducidade, revogação, resolução ou denúncia.

De acordo com o nº2, do Artigo 3º do Decreto Regulamentar nº6/2017, de 31 de julho, é o CNPMA que aprova o contrato-tipo, que há-de conter os elementos essenciais do contrato, e é disponibilizado também na sua página de internet. A lei prevê as cláusulas que devem obrigatoriamente constar do contrato, não podendo ser afastadas pela vontade das partes, e estabelece ainda que podem ser aditadas outras cláusulas ao contrato, desde que em conformidade com o regime em vigor, mas sem clarificar concretamente o que é ou não admissível nestas cláusulas indiscriminadas.

Nos termos da lei, devem constar, imperativamente, do contrato-tipo de gestação de substituição os seguintes aspetos, previstos nas alíneas a) a m), do nº3, do Artigo 3º do DR acima referido:

“a) As obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e a realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança;

b) Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar;

c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto;

d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação;

e) A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde;

f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal;

g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição;

h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor;

i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar;

j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato e a suas consequências;

k) A gratuidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes;

l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato;

m) A forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico.”<sup>12</sup>

Em crítica, RAFAEL VALE E REIS refere que a legislação que versa sobre a gestão de substituição foi, desde o início, mal elaborada. As falhas, essas, continuam por colmatar. Além disso, o que dizer sobre a natureza deste contrato?

VERA LÚCIA RAPOSO entende que se trata de um contrato com a natureza de prestação de serviços. Refere que “*o que se contrata é a prestação de um serviço reprodutivo, mediante um contrato livremente celebrado à luz de um regime jurídico que acautele as pretensões e as necessidades das partes*”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Cf. DR nº6/2017, de 31 de julho, publicado no Diário da República n.º 146/2017, Série I, <https://dre.pt/home/-/dre/107785481/details/maximized>

<sup>13</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Quando a cegonha chega por contrato*, Boletim da Ordem dos Advogados nº88, Lisboa, 2012

### **3. Análise da Problemática do Direito Ao Arrependimento**

#### **3.1. Admissibilidade do Direito ao Arrependimento noutros Ordenamentos Jurídicos**

A gestação de substituição tem sido objeto de debate em muitos outros Estados. A maioria dos restantes ordenamentos jurídicos peca pela existência de um vazio de regulamentação quanto à gestação de substituição. Não existe uma proibição, mas também não existe um reconhecimento da validade e eficácia dos contratos de gestação de substituição. Normalmente, procura-se conceder validade às consequências da celebração desses contratos por via do instituto da adoção.

Alguns ordenamentos permitem a prática, e regulam-na. Outros ordenamentos reconhecem a gestante como mãe a título inicial, sendo necessário um processo judicial para atribuição da maternidade / paternidade ao casal beneficiário. Outros ordenamentos há, também, que proíbem e punem a gestação de substituição. A proibição é a regra constante de ordens jurídicas como a Alemanha, Áustria, Espanha, França e Itália. Nos EUA vigora uma proibição expressa nos estados federados do Indiana, Michigan, Nova Jérquia e Nova Iorque.

Podemos encontrar exceções, nomeadamente a Califórnia, nos EUA, o Reino Unido e a Grécia, na Europa, e mesmo a Ucrânia, Rússia e Geórgia numa perspetiva de admissão da gestação de substituição onerosa. Também no Brasil encontramos uma perspetiva bastante permissiva da gestação de substituição.

Importa analisar, deste modo, de que forma é regulado este regime nos países em que é admitido legalmente.

### 3.1.1. A gestação de substituição no Brasil

Para regulamentar a gestação de substituição foi criada a Resolução nº 2.013/2013, pelo CFM. Estipula o acesso a esta técnica de RA com natureza gratuita, sendo que algumas das regras que constavam deste primeiro diploma eram as seguintes:

- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe; segundo grau - irmã/avó; terceiro grau - tia; quarto grau - prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos;
- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial;
- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero;
- Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- Descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA;
- Contrato entre os pais genéticos e a doadora temporária do útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- A garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- Se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.<sup>14</sup>

Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução do CFM nº 2.168/2017. Esta técnica define-se como a possibilidade de cessão temporária do útero, sendo nestes diplomas adotadas normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, de forma a superar o problema da infertilidade humana e as suas implicações médicas e psicológicas, tendo em conta que os avanços da medicina têm vindo a permitir cada vez mais a solução de problemas da reprodução humana.

---

<sup>14</sup> Resolução CFM nº 2.013/2013, de 16/04/2013, publicado no DOU em 9/05/2013, <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=254124>, consultado a 24/10/2020

O Artigo VII desta Resolução indica-nos que as “clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira”<sup>15</sup>. Mais é dito no sentido de que a gestante deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Todos os casos que fujam a esta regra devem ser sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Realce-se que o contrato escrito deve prever com todo o rigor o destino da criança após o seu nascimento, conforme o ponto 3.3 do Artigo VII da Resolução do CFM nº 2.168/2017:

*“Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança.”*

### **3.1.2. A gestação de substituição no Reino Unido**

Esta temática é regulada no Reino Unido desde muito cedo, pela *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, que sofreu alterações pelo diploma *Human Fertilization and Embriology Act* de 1990. É retratado o modelo existente como um modelo limitado, ao contrário do que sucede na Califórnia, como veremos adiante.

A gestação de substituição é permitida somente a título gratuito, sendo os contratos onerosos expressamente proibidos. É também de notar o carácter excecional do recurso a esta técnica, devendo ser a única via da mulher ter um filho, e o facto de este ser um contrato gestacional, sem que exista qualquer vínculo biológico à gestante. São estes aspetos que aproximam este modelo ao regime que entre nós também encontra acolhimento.

---

<sup>15</sup> Resolução CFM nº 2.168/2017, de 21/09/2017, publicado no DOU em 10/11/2017, <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>, consultado a 24/10/2020

Os requisitos para recorrer à gestação de substituição são exigentes, encontrando-se explanados na secção 54 do *Human Fertilization and Embriology Act*. O acesso é permitido a casais homossexuais ou heterossexuais que se encontrem casados, ou vivam em união de facto, exigindo-se o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários, da gestante, e do seu marido/companheiro até um prazo de seis semanas após o nascimento da criança.

No Reino Unido vigora, portanto, o direito ao arrependimento da gestante, salvaguardando-se, entre outros, o princípio da liberdade contratual e autonomia da vontade. A gestante pode arrepender-se, e decidir não entregar a criança, cabendo ao tribunal uma decisão no superior interesse da criança. O estabelecimento da filiação é sempre feito em relação à gestante, sendo que nos seis meses seguintes ao nascimento devem pedir os beneficiários uma *parental order* ao tribunal, a fim de transferir judicialmente a parentalidade da criança. O sucesso da pretensão do casal beneficiário passa, desde logo, pelo facto de a criança já estar a viver com o casal, o que pressupõe a entrega por parte da mãe gestante.

A grande inovação que as alterações legislativas de 1990 introduziram foi, precisamente, a legitimidade de a gestante recusar entregar a criança. Relevância teve igualmente a mudança legislativa ocorrida em 2019, que findou com a discriminação contra as famílias monoparentais.

Note-se a proteção que existe neste modelo aos direitos da gestante, nomeadamente o seu direito a refletir em todas as fases do procedimento, o direito ao arrependimento e, conseqüentemente, a sua maior segurança. De facto, se a gestante quiser ficar com a criança, não pode o casal beneficiário exigir judicialmente o cumprimento do contrato. Para além disso, finalizado o contrato, incentiva-se a presença da gestante na vida da criança, supondo que existiu a entrega da mesma ao casal beneficiário, promovendo-se o seu desenvolvimento saudável.

Deste modelo aproximam-se, inclusive, as soluções consagradas em cinco estados federados dos EUA, que admitem expressamente a gestação de substituição, sendo eles Alabama, Califórnia, Flórida, Texas e Utah. Adiante será explicitado o regime existente na Califórnia.

Consagra-se, em suma, no Reino Unido, tal como referido no Acórdão n° 225/2018 do nosso TC, “uma solução de compromisso, centrada em acautelar o superior interesse da criança neste complexo tipo de procedimentos, permitindo que esta possa ser juridicamente considerada como filha dos seus progenitores genéticos, que serão, em regra, as pessoas que para ela tinham, desde o primeiro momento, um projeto parental.” Realça o TC, igualmente, a forte salvaguarda da posição da gestante.

### **3.1.3. A maternidade de substituição na Grécia**

A Grécia é, nos dias que correm, o país da UE com a legislação mais permissiva relativamente a esta temática. As normas jurídicas que regulam esta prática constam do Artigo 1458° do Código Civil, preceito aditado pela Lei da Procriação Medicamente Assistida de 2002, e do Artigo 13° da Lei n° 3305/2005, denominada *Enforcement of Medically Assisted Reproduction*.

Note-se que o artigo 1455° do CC grego apenas permite que sejam utilizadas estas técnicas como forma de suprir a incapacidade de ter filhos pela forma natural ou como forma de evitar a transmissão de uma doença genética grave. Ademais, a Lei n° 3305/2005 veio criar uma entidade com a função específica de supervisionar o cumprimento das normas estabelecidas na lei anterior de 2002. Procura-se, no fundo, salvaguardar o superior interesse da criança, concretizar direitos individuais à autonomia e à liberdade, e também o direito a procriar.

É permitido o acesso a casais heterossexuais e a mulheres solteiras, quando a beneficiária não possua capacidade para proceder à gestação ou realizar o parto, excluindo os casais do mesmo sexo. Requer-se que os envolvidos, nomeadamente os beneficiários e a gestante, sejam cidadãos gregos, ou residentes na Grécia, de força a combater aquilo a que se chama “turismo reprodutivo”. Proíbe-se a onerosidade dos contratos, sendo que os mesmos, gratuitos, dependem de autorização judicial prévia, cabendo ao tribunal uma apreciação do cumprimento dos requisitos legais e validade do contrato. Não se verificando esta autorização prévia, o procedimento não produzirá os efeitos legais, aplicando-se a regra



geral previsto no CC, nos termos da qual a maternidade é atribuída à mulher que dá à luz a criança.

Pelo contrário, quando o processo de gestação de substituição cumpra com todos os requisitos legais, após o nascimento da criança presume-se esta como filha da mulher beneficiária. Surge, assim, uma exceção à regra *mater semper certa*, consagrada no Artigo 1463º do CC grego. Não obstante podem, nos seis meses após o nascimento, vir a ilidir judicialmente, a gestante ou a beneficiária, tal presunção, quando provem que a criança foi concebida com material genético da gestante. A maternidade será, nestes termos, atribuída à mãe gestante.

Relativamente ao regime da gestação de substituição, as técnicas de PMA são apenas admitidas como método subsidiário. Por outro lado, só são admissíveis na idade fértil da pessoa que será a gestante, ou seja, até aos 50 anos. O consentimento deve ser prestado por escrito, dado pelas mulheres intervenientes, gestante e beneficiária, e seus maridos ou companheiros, caso existam. Também neste ordenamento jurídico não pode a gestante contribuir com o seu material genético no procedimento.

#### **3.1.4. A maternidade de substituição na Califórnia**

O Código da Família da Califórnia regula as leis da gestação de substituição desde 2013, sendo que qualquer mulher ou homem podem recorrer a esta técnica, não existindo, aliás, qualquer restrição relativa a uma condição de saúde, ou ao facto de ser ou não um casal. Afigura-se-me talvez demasiado permissivo este modelo consagrado neste estado dos EUA, na medida em que devido à sensibilidade dos direitos e interesses envolvidos na gestação de substituição, deve ser admitida excepcionalmente como técnica de PMA em auxílio de quem vê o seu direito a procriar gorado por qualquer patologia, ou impossibilidade natural de gerar um filho, como no caso dos casais homossexuais do sexo masculino, mesmo que eventualmente a gestante decida arrepender-se, direito que lhe assiste legitimamente em nome da dignidade da pessoa humana.

VERA LÚCIA RAPOSO, em favor da gestação de substituição, referia que esta “*pode ser classificada como um demerit good, que a sociedade não deve proibir, mas sim*

*regular de forma a conferir adequada proteção às partes envolvidas.*”<sup>16</sup> Mais adiante, de forma a permitir a concretização de um projeto parental às pessoas impedidas de o fazer de forma natural, ou devido a patologias, resguardando o direito constitucionalmente protegido a constituir família, a procriar, mas só e unicamente admitida neste contexto excepcional.

Relativamente ao regime da gestação de substituição na Califórnia, note-se que estes contratos tanto podem ser gratuitos, como onerosos, e que a gestante pode mesmo contribuir com o seu material genético, embora estas situações não tenham ainda qualquer regulamentação e tenham vindo a diminuir, em virtude do caso Baby M, datado de 1986, em que os gâmetas pertenciam à gestante, e ao pai beneficiário.

Os beneficiários podem ver reconhecido ainda antes do nascimento o seu vínculo biológico com a criança, através das designadas “*pre-birth parentage orders*”. A criação de um contrato é imprescindível, devendo este conter a data de execução do mesmo, a identidade dos dadores de gâmetas, e ser autenticado num notário. Além disso, não só devem constar as cláusulas necessárias ao bom funcionamento do contrato, como também podem as partes aditar as cláusulas de conteúdo indiscriminado, o que se afigura extremamente perigoso para a salvaguarda dos direitos invioláveis das partes, principalmente daquelas que mais necessitam de proteção, a criança e a gestante.

### **3.1.5. A gestação de substituição na Rússia e na Ucrânia**

Na Rússia é permitida a gestação de substituição a qualquer título, sendo regulada pelas cláusulas 77 a 83, do Despacho de Saúde nº107, datado de 2012. Admite-se o acesso a esta técnica quem sofra de doenças e patologias uterinas, bem como devido a falhas repetidas nas tentativas de fertilização *in vitro*. Podem aceder à gestação de substituição casais heterossexuais casados, ou mulheres, a título individual, e deve ser apresentado sempre um diagnóstico que comprove a sua incapacidade para procriar. Os casais homossexuais masculinos estão excluídos, até porque o casamento entre homens é proibido.

---

<sup>16</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005

A Lei Federal sobre os Fundamentos da Proteção da Saúde dos Cidadãos, de 2011, prevê alguns requisitos relativamente à gestante: deve ter entre os 20 e os 35 anos, deve ter um filho saudável e obter uma declaração médica que ateste que é sã, bem como necessita do consentimento do marido, caso seja casada.

As partes devem dirigir-se à Conservatória do Registo Civil, apresentando um documento assinado por um médico, certificando que a gestante deu o seu consentimento livre e voluntário, a fim de que o casal beneficiário possa constar do registo civil como pais da criança que vier a nascer. Semelhante ao que sucede no Reino Unido, pode a gestante não dar o seu consentimento, não entregar a criança, não se podendo retirar a mesma à força da mulher que a deu à luz.

Por seu turno, na Ucrânia é expressamente admitida com carácter gratuito, apesar de não existir qualquer proibição relativamente ao carácter oneroso, o que leva à celebração de contratos deste género. É regulada pelo Artigo 123º do Código da Família Ucrâniano, pelo Artigo 281º do CC Ucrâniano, e pela Ordem do MSU nº 771, de 13 de dezembro de 2003. O acesso é limitado somente a casais unidos pelo matrimónio, exigindo-se, inclusive, a certidão de casamento. Os beneficiários são considerados, desde o momento da concepção, como pais biológicos da criança, sem que exista qualquer menção à gestante na certidão de nascimento.

Realce-se que a Ucrânia é um grande destino do turismo reprodutivo. Contribuí para isto a falta de entraves no reconhecimento e estabelecimento da filiação, bem como as altas remunerações que seduzem as jovens ucranianas para a posição de gestantes.

### 3.2. O risco de instrumentalização do corpo da gestante

A crítica mais recorrente à gestação de substituição é a de que esta acarreta um perigo fundamental para a mulher gestante: a mercantilização do seu corpo, em favor do desejo de ter um filho do casal beneficiário. De parte ficam os interesses da criança, que passa a ser um mero objeto num negócio jurídico, convertendo-se a gestante numa autêntica incubadora.

ESTRELA CHABY, a este respeito, aponta a gestação de substituição como uma afronta à dignidade da gestante, *“porque implica não apenas a instrumentalização de uma parte do corpo da mulher, mas sim a utilização de todo o seu corpo, durante a plenitude do tempo que dura a gestação. Uma vez que o corpo não é separável da pessoa nem a gravidez corresponde a uma «condição médica», mas sim a um estado durante o qual a mulher mantém e utiliza a sua liberdade de viver, à gestação de substituição é inerente a utilização de outra pessoa em todas as dimensões da vida.”*<sup>17</sup>

É evidente que a gestante é quase esquecida enquanto sujeito de direitos, sendo verdadeiramente instrumentalizada em muitos ordenamentos jurídicos. Contudo, desnecessário será evidenciar a comprovação científica de que nenhuma mulher é alheia ao que lhe acontece durante uma gravidez, nomeadamente quanto aos efeitos psicológicos daí advindos. Especial relevo tem a ligação que durante a gestação se estabelece entre o feto e a mulher que o carrega, bem como a importância dessa ligação para o desenvolvimento da criança que vier a nascer, e as consequências da quebra desse vínculo, sendo de louvar o que se verifica no Reino Unido quanto a fomentar que a gestante permaneça na vida da criança após o fim do contrato, protegendo o seu superior interesse e desenvolvimento saudável.

ANTUNES VARELA refere que *“(…) entre a mulher que amadurece no seu útero o ovócito fornecido por uma outra mulher e a criança que nasce do seu ventre há um elemento real de importância capital na relação de filiação, que é a vida intrauterina do*

---

<sup>17</sup> CHABY, Estrela, *Direito de Constituir família, filiação e adopção: Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos - II

*embrião, a ligação intensa permanente entre o ser que se forma e o corpo humano que dentro das suas entranhas lhe dá vida.”<sup>18</sup>*

Por outro lado, a CRP ao basear a República na dignidade da pessoa humana assenta-a em dois pressupostos essenciais: primeiro está a pessoa, só depois a organização política; e a pessoa é sujeito, não objeto, é fim, e não meio de relações jurídico-sociais.

Não obstante, importa salientar que a natureza gratuita dos contratos de gestação de substituição, em que a gestante assume essa posição em nome de um sentimento altruísta e de solidariedade para com os beneficiários, incapazes de procriar, é uma garantia de que a sua atuação é verdadeiramente livre, uma expressão da sua autonomia.

No nosso quadro legal, este método de procriação só é admissível a título gratuito, e subsidiário, conforme o nº 2, do Artigo 8º da LPMA: “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”. A gestação de substituição, tal como é prevista em Portugal, visa criar condições para que os beneficiários, confrontados com a impossibilidade de ter um filho, possam tentar fazê-lo com a colaboração voluntária de uma terceira pessoa. Procura-se assegurar os seus direitos reprodutivos, até porque é exigida a presença de gâmetas de um dos beneficiários. Não há, desta forma, qualquer caminho para uma verdadeira conceção de instrumentalização da gestante.

A gestação de substituição apresenta uma *relevância constitucional positiva*<sup>19</sup>, enquanto modo de concretização do direito a constituir família e do direito a procriar dos beneficiários, que por razões de saúde, ficaram prejudicados.

Este modelo pressupõe o consentimento autónomo dos interessados, destinado a assegurar a sua voluntariedade, formalizada por via de um contrato com natureza gratuita, sujeito a autorização administrativa, em que a gestante tem um papel ativo, e cuja participação voluntária e altruísta é essencial para a realização do mesmo. Pressupõe-se, portanto, um consentimento livre e informado da gestante, consciente dos riscos e consequências inerentes daquilo que vai viver.

---

<sup>18</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, Revista Brasileira de Direito Comparado, 1993, nº 15

<sup>19</sup> Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional nº225/2018, Diário da República nº87/2018, Série I de 2018/05/07, <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>

GUILHERME DE OLIVEIRA afirma que o direito fundamental consagrado no Artigo 26º, nº1, da CRP deve ser considerado no âmbito do problema sobre a admissibilidade de utilização de técnicas de PMA, uma vez que *“a decisão de procriar tem grandes implicações em vários domínios – psicológico, fisiológico, sanitário, económico – e não pode deixar de constituir uma decisão estruturante da autonomia individual e da liberdade pessoal.”*<sup>20</sup>

Prima-se pela autodeterminação pessoal da mulher, pelo seu consentimento livre e informado, inexistindo uma coação da sua vontade, ou subversão. Apenas a instrumentalização que desconsidere a autonomia pessoal da gestante pode ser censurável, porque viola a sua dignidade humana. Isto não ocorre claramente no regime entre nós acolhido, já que a gestante atua no exercício de uma liberdade de ação, sendo essencial que esta se traduza na vontade de que aqueles concretos beneficiários sejam os pais da criança que vier a nascer.

Na verdade, o risco de instrumentalização da mulher gestante agrava-se no contexto dos contratos de gestação de substituição onerosos. A gestante, ao aceitar um valor monetário, aceita uma posição de submissão face ao acordado contratualmente. Troca-se o aluguer do útero por uma quantia pecuniária, mas não desaparece o peso psicológico associado à entrega da criança após o parto.

A regulação da gestação de substituição que afaste esta tendência a instrumentalizar a gestante passa pelos contratos possuírem natureza gratuita, para que não existam quaisquer resquícios de desigualdade, nem caminho para o lucro, prevalecendo uma intenção altruísta, consciencializada, livre de vícios, para que seja propiciado ao casal beneficiário a possibilidade de ter um filho. Aliás, a única ajuda monetária permitida legalmente recai sobre as despesas efetuadas na decorrência da gestação, com a saúde e transportes. Diz-nos a LPMA que quem obtiver benefícios económicos com a gestação de substituição é punido com pena de prisão até cinco anos, considerando-se também punível a sua tentativa.

Também no sentido de proteção de situações de desigualdade económica, no nosso ordenamento jurídico estipula-se que é proibida a realização de contratos de gestação

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Restrições de acesso à parentalidade na medicina de reprodução*, in *Lex Medicinæ*, Ano 10, nº20, 2013, p.7

quando existam relações de subordinação económica, sejam laborais, ou de prestação de serviços, entre os interessados.

Doutro modo, diz-nos o nº11, do Artigo 8º da LPMA que não se podem “impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”, para que não seja reduzida a um objeto de controlo por parte dos beneficiários. Ademais, quaisquer cláusulas que sejam aditadas ao contrato-tipo de gestação de substituição devem ter por base o bom senso das partes.

### **3.3. A questão do consentimento e o princípio da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade**

Os direitos de personalidade são posições jurídicas inerentes à pessoa, pela sua natureza humana e enquanto fim em si mesma. Constituem situações jurídicas básicas do homem, reconhecidas pela lei civil. O nosso Código Civil regula a tutela geral da personalidade no seu Artigo 70º, referindo-se que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

Os direitos de personalidade são absolutos, inalienáveis e irrenunciáveis, consubstanciando um círculo de direitos necessários, imprescindíveis, da esfera jurídica de cada pessoa. Alguns são dotados de um regime de proteção especialmente reforçado, por serem consagrados na CRP, e a nível internacional, considerados Direitos do Homem.

Os direitos envolvidos na temática da gestação de substituição são considerados direitos fundamentais de personalidade, precisamente por estarem constitucionalmente protegidos. Realce-se a dignidade da pessoa humana, princípio transversal e basilar de todo o direito civil, bem como a autonomia privada. Concretamente em causa estão o direito a constituir família, o direito a procriar<sup>21</sup>, o direito a dispor do próprio corpo, o direito ao desenvolvimento da personalidade.

---

<sup>21</sup> Cf. Artigo 36º, nº1, Constituição da República Portuguesa

O exercício dos direitos de personalidade, que pressupõe uma ampliação da autonomia privada, tem limites. O Código Civil admite a liberdade de limitação voluntária ao exercício destes direitos, desde que não seja contrária aos princípios da ordem pública, nos termos do nº1, do Artigo 81º. Estando em causa o exercício de um direito de personalidade, incluindo-se neste exercício a sua limitação ou renúncia, a liberdade de ação é ainda mais ampla, abrangendo a liberdade de revogação, unilateral, do consentimento dado.

JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO refere que *“o fundamento do poder de renúncia encontra-se no primeiro dos elementos estruturantes materiais do sistema – no princípio da liberdade.”*<sup>22</sup>

Prevê a Lei nº32/2006, de 26 de julho, na sua versão atualizada pela Lei nº25/2016, de 22 de agosto, no Artigo 14º com a epígrafe *Consentimento*, que os beneficiários do contrato de gestação de substituição, o casal e a gestante, devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, devendo estar clara e previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização de técnicas de PMA, bem como do significado da influência da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal. Para além disso, estipula o nº4 do preceito supra referido que este consentimento é livremente revogável por qualquer das partes até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina estabelece no artigo 5º que *“qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido”*. Determina-se ainda que o consentimento deve ser prévio.

Todavia, o consentimento prestado pela gestante, e o consentimento prestado pelo casal beneficiário, não podem ser considerados simétricos. Os objetos que as partes consentem são distintos. Por um lado, os beneficiários consentem os pagamentos à gestante de substituição de todas as despesas inerentes à celebração e cumprimento do contrato, a implantação na gestante de um embrião, criado com material genético de, pelo menos, um deles, bem como a assunção dos poderes e deveres da parentalidade quando a criança nascer.

---

<sup>22</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2ª edição, Principia, Lisboa, 2011



De maior relevância, inquestionavelmente, é o consentimento prestado pela gestante, que consente a aplicação de uma técnica de PMA no seu corpo, consente engravidar e suportar essa gravidez, o parto, e a entrega da criança que der à luz. Obviamente, trata-se da saúde física e psíquica da gestante que se vai alterar sobremaneira com a gestação de substituição. Os riscos que corre são mais elevados do que aqueles que possam assolar os beneficiários.

O seu consentimento não se restringe somente a aceitar gerar um bebé para outrem, com todas as implicações do procedimento, mas também a ficar grávida, suportar o parto e a entrega da criança. Há uma restrição muito importante, aceite pela própria gestante, de um direito fundamental, o seu direito a constituir família, renunciando a um projeto parental próprio, mediante sentimentos altruístas de acolher um projeto parental alheio, de quem não tem capacidade para procriar.

Ademais, o individuo é dono e soberano do próprio corpo<sup>23</sup>, possuindo o direito a dele dispor. VERA LÚCIA RAPOSO considera que o direito a dispor do próprio corpo deve ser sempre apreciado da perspectiva da autonomia pessoal, uma vez que *“cada pessoa é livre de escolher como conduz a sua vida e utiliza o seu corpo, desde que com isso não lese os outros.”* Quanto à gestação de substituição, *“conclui-se que as pessoas devem ser livres na realização da sua capacidade reprodutiva, seja colocando os seus «serviços reprodutivos» à disposição, seja superando a sua incapacidade reprodutiva”*<sup>24</sup>. Adiantam ainda as autoras MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA que, assumindo-se que existe um consentimento informado e esclarecido, o ato de disponibilização, por uma mulher, do seu útero, não é mais violador da dignidade humana do que qualquer técnica de reprodução heteróloga, isto é, aquelas em que se recorre ao material genético de um terceiro.

Quanto ao consentimento, a regra é a de que no âmbito das intervenções realizadas no domínio da saúde, é livremente revogável, a todo o tempo. O consentimento é tido como forma de limitar voluntariamente os direitos de personalidade e, desta forma, o legislador consagrou uma norma que permite à pessoa que prestou o seu consentimento revogá-lo. Nos termos do nº2, do Artigo 81º do CC, toda a limitação voluntária aos direitos de personalidade

---

<sup>23</sup> COSTA, Marta, LIMA SARAIVA, Catarina, *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, in revista Lusíada. Direito, nº10, 2012

<sup>24</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, 2005, Coimbra Editora

é revogável, vigorando o Princípio da Livre Revogabilidade das Limitações Voluntárias aos Direitos de Personalidade.

No caso da gestação de substituição, a gravidez é, a partir de determinado momento, irreversível e irrevogável<sup>25</sup>. Resulta, efetivamente, do n°4, do Artigo 14° da LPMA, já referido, que o consentimento só pode ser revogado até ao início dos procedimentos terapêuticos de PMA, o que significa uma violação do Princípio da Livre Revogabilidade às Restrições Voluntárias dos Direitos de Personalidade, garantido há décadas pelo nosso Código Civil, tal como é preconizado por RAFAELVALE E REIS.

A renúncia ao estatuto de mãe, prevista no final do n°1, do Artigo 8° da LPMA, significa igualmente uma limitação ponderosa aos direitos de personalidade da mulher que, embora válida, deve ser sempre revogável, aplicando-se o mesmo princípio. Portanto, ao estabelecer que a gestante só pode revogar o seu consentimento apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA, e não até à entrega da criança, a revogabilidade do consentimento é muito limitada, violando a liberdade de ação, a autodeterminação da gestante, tendo sido esta regra declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional em 2018 e, novamente, em 2019.

Efetivamente, a aceitação do contrato de gestação de substituição por parte da gestante não garante necessariamente a continuidade do seu consentimento por todo o tempo de execução do contrato. As exigências do consentimento, tendo em conta as particularidades de cada fase do procedimento, e a respetiva importância para a admissibilidade jurídica do próprio contrato, têm de prevalecer até ao final do mesmo. Questiona-se, aliás, até que ponto um consentimento prestado ainda antes da gravidez, relativo a todo o processo de gestação de substituição, é verdadeiramente informado quanto à totalidade desse mesmo processo. Da implantação do embrião ao parto, e posterior entrega da criança, existe um significativo período em que o seu corpo e saúde, física e psicológica, como anteriormente dito, sofrem alterações várias.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n° 225/2018, conclui que o processo de gestação de substituição é um fenómeno dinâmico e imprevisível, quer quanto ao feto, quer quanto à gestante. Ademais, constitui-se uma relação biológica e afetiva entre a grávida e o

---

<sup>25</sup> Enquanto grávida, a gestante só poder interromper voluntariamente a gravidez até às dez semanas, sendo que deve ser esta possibilidade acordada e prevista no contrato de gestação de substituição

feto, mesmo que não partilhem do mesmo material genético, sendo que o processo pode mesmo interferir com a autocompreensão da própria gestante. Daqui advém que, caso a gestante se venha a opor à execução do contrato, a execução forçada do mesmo, ou uma indenização pelo seu incumprimento, significariam um desrespeito pela dignidade humana e uma particularmente gravosa afetação dos seus direitos fundamentais. Para além disso, é duvidoso que se admita sequer uma indenização pelo incumprimento do contrato, por parte da gestante, que se moveu por motivos altruísticos.

A garantia de revogabilidade do consentimento prevista pela LPMA é, assim, insuficiente, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana. O limite imposto à revogação do consentimento é excessivo pelo sacrifício que significa de um direito fundamental da gestante. Forçar a gestante ao cumprimento das obrigações inerentes ao contrato de gestação de substituição implicaria uma instrumentalização da mulher com o objetivo de cumprir com o projeto parental dos beneficiários. Deve-se acautelar o consentimento da gestante ao longo de todo o processo, o que só se afigura possível com a admissibilidade da livre revogabilidade do consentimento até ao cumprimento integral do contrato.

Em suma, a gestante tem o direito a arrepender-se das suas decisões. Tem o direito a arrepender-se do compromisso de gerar a criança, e tem o direito a arrepender-se do compromisso de entregar a criança, após o parto. A não consagração de um direito ao arrependimento na LPMA esteve na génese da declaração de inconstitucionalidade de preceitos relevantes dessa lei, significando essa ausência uma violação excessiva dos direitos da gestante, nomeadamente de desejar incluir a criança num projeto parental próprio, e o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

#### 4. O caminho do Direito ao Arrependimento em Portugal

O direito ao arrependimento é uma das matérias mais discutidas no âmbito dos contratos de gestação, e o maior obstáculo à sua aceitação. Vulgarmente refere-se à mudança de opinião da gestante quanto a querer levar o contrato até ao seu termo, nomeadamente recusando-se a entregar a criança após o parto. Contudo, trata-se de um arrependimento que pode surgir antes do parto, e que também pode assistir aos beneficiários, que podem já não desejar prosseguir com o contrato, exigindo a interrupção voluntária da gravidez, ou já não querendo a criança que vier a nascer.

O arrependimento, no caso especial dos contratos de gestação, tem um papel decisivo e muito importante no destino da criança gerada através desta técnica de PMA, pelo que é insustentável a dificuldade de regulamentação que o tema apresenta atualmente.

No direito anglo-saxónico, em que a gestação de substituição gratuita é aceite e regulada de forma cautelosa, a mulher que dá à luz é sempre considerada como mãe da criança, tenha contribuído, ou não, com o seu material genético. Dispõe de um período de reflexão, que lhe permite a decisão se entrega ou não a criança ao casal beneficiário, até seis semanas depois do parto. A filiação só se estabelecerá a favor dos beneficiários mediante o pedido de uma ordem de parentalidade ao tribunal.

Nos termos da LPMA, após o nascimento da criança, esta é tida como filha dos beneficiários, o que entra em confronto com o requisito estabelecido pelo CC no Artigo 1796º, segundo o qual a “filiação resulta do facto do nascimento”, sendo mãe a mulher que dá à luz a criança. Ora, é tão grave retirar à força a criança dos braços da mãe gestante quanto frustrar as expectativas dos beneficiários<sup>26</sup>. Parece-me evidente que se deve prever um direito ao arrependimento, bem como estabelecer a possibilidade de revogação do consentimento pela gestante até depois do parto. Coloca-se, apenas, a questão de saber o momento exato em que esse poder de revogação termina.

O contrato de gestação de substituição é um negócio jurídico bilateral, que pressupõe sempre para a sua validade um consentimento informado, unilateral, estando

---

<sup>26</sup> RAFAEL, Vale e Reis, *O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal*, <https://observador.pt/opiniao/o-difícil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>, consultado a 23/04/2020

ambos numa relação de estrita dependência, isto é, o contrato de gestação depende da existência do consentimento livre e esclarecido e, note-se, continuado, da gestante, desde o início desse contrato até à sua conclusão.

A revogação livre do consentimento informado, sem qualquer limitação, justifica-se porque o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à autodeterminação e a dispor do próprio corpo, enquanto direitos de carácter pessoalíssimo, afiguram-se incompatíveis com declarações de vontade irrevogáveis, devendo admitir-se o arrependimento da gestante, para que não contenda o contrato de gestação com o disposto no n.º 2, do Artigo 81.º do CC.

Caso não se verifique o arrependimento da gestante até à entrega da criança, o que sucede, estatisticamente, na maioria dos casos, devem os beneficiários ser considerados pais da criança. Pretende-se é que, efetivamente, seja consagrado na LPMA a possibilidade de um período de reflexão, com o devido acompanhamento psicológico, a fim de que a gestante possa poder arrepender-se, se assim o desejar, para salvaguarda dos seus direitos fundamentais.

Atendendo aos momentos do processo em que a gestante pode recorrer ao seu legítimo direito ao arrependimento, observa-se que a mesma pode desejar interromper a gravidez, bem como podem os beneficiários arrepender-se, e ter uma pretensão no mesmo sentido. Neste caso, a gestante só pode revogar o seu consentimento livremente, realizando uma interrupção voluntária da gravidez, nas primeiras dez semanas de gestação, conforme a alínea e), do n.º 1, do Artigo 142.º do nosso Código Penal. Coloca-se a questão, nesta concreta hipótese, de saber se a gestante deve ressarcir aos beneficiários o valor das despesas realizadas com o procedimento. O legislador consagrou a resposta positiva na Cláusula 7.º e Cláusula 8.º no Contrato-Tipo de gestação de substituição do CNPMA<sup>27</sup>, porém, futuramente tal resposta deve ser negada.

---

<sup>27</sup> O CNPMA aprovou um contrato-tipo para a gestação de substituição, disponível no site do CNPMA, através do Decreto Regulamentar n.º 6/2017. “Este contrato deve definir as obrigações da gestante de substituição, em relação ao cumprimento das orientações do médico, e fazer os exames e procedimentos que este considere necessários para assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança; os direitos da gestante de substituição a participar na escolha do médico que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o parto vai acontecer; o direito da gestante de substituição a ter acompanhamento psicológico antes e depois do parto; as obrigações e os direitos da gestante de substituição, como a possibilidade de se recusar a fazer exames como a amniocentese ou a possibilidade de fazer viagens em determinados meios de transporte ou para fora do país nos últimos três meses da gravidez. Deve ainda estipular que deve ser prestada informação completa e adequada

Ao consagrar um direito ao arrependimento na LPMA, o legislador deve também deixar claro que aquando da assinatura do contrato de gestação de substituição, os beneficiários devem aceitar o risco de a gestante, por sua opção, não cumprir com o mesmo até ao seu termo, nomeadamente se quiser proceder a uma IVG, não deve ter obrigação de os ressarcir do pagamento de qualquer despesa, porque essa obrigação irá influenciar certamente a autodeterminação da gestante, e atenta contra o espírito altruísta que fundou a sua liberdade de ação. Deste modo, devem os beneficiários ficar cabalmente informados e esclarecidos dos riscos, da possibilidade que a gestante tem de se arrepender, e da possibilidade que igualmente lhes assiste de se arrependerem, de que a gestante tem de ficar igualmente consciencializada.

Ponto sensível é a questão de aceitar este direito ao arrependimento nas situações maioritárias em que a gestante não partilha material genético com a criança. Muitas vezes é dito que são os pais a estarem melhores habilitados para criar os seus filhos, contudo, atualmente, com todas as vicissitudes que a família sofre, com todas as novas conceções de família, verifica-se que nem sempre assim é. A mulher que gera no seu útero uma criança tem sempre influência sobre o novo ser humano, e a ligação entre os dois é inegável e eterna, muito embora seja o laço genético a determinar características físicas e psicológicas.

Existindo um concurso de “projetos parentais”, em que se debatem os beneficiários e a gestante, com as suas pretensões de desejarem todos ficar com a criança, não deve a solução passar por contrariar o critério contido no Artigo 1796º do CC, como é feito pelo legislador no nº7, do Artigo 8º da LPMA, estabelecendo-se quase que uma filiação por contrato. Pelo contrário, a decisão deve caber ao tribunal, tal como sucede no Reino Unido,

---

sobre os tratamentos a fazer e os riscos que estes podem ter para a saúde; que deve ser prestada informação, aos pais e à gestante de substituição, sobre as influências do estilo de vida da gestante de substituição no desenvolvimento da criança, bem como sobre as regras a seguir se houver algum problema de saúde da criança ou da gestante de substituição durante a gravidez; as regras a seguir se houver um aborto espontâneo. Deve ainda estabelecer como é que as pessoas envolvidas no contrato podem desistir dele depois falharem um determinado número de tentativas de gravidez, e em que circunstâncias as pessoas envolvidas podem terminar o contrato e quais as consequências. Além disso, não é feito qualquer pagamento, entrega de bens ou imposição pelos pais à gestante de substituição, além do pagamento das despesas relacionadas com o acompanhamento médico da gravidez, os seguros de saúde ou outros subsistemas que estejam associados ao contrato. Este contrato-tipo adianta também como devem ser resolvidos eventuais conflitos que surjam sobre a interpretação ou execução do contrato, e deve servir como base aos contratos de gestação de substituição, mas as pessoas envolvidas podem acrescentar cláusulas. O CNPMA é responsável por verificar se os contratos feitos respeitam as regras definidas neste decreto-lei”, <https://dre.pt/home/-/dre/107785481/details/maximized?serie=I&day=2017-07-31&date=2017-08-01&res=pt>, consultado a 2/10/2020

tendo em vista o superior interesse da criança, não obstante as dificuldades que acarreta compreender este mesmo interesse de maior relevância. No Reino Unido, de facto, vigora um sistema em que a parentalidade é atribuída, nos casos de gestação de substituição, por via de uma ordem judicial, desde 1985. Realce-se, inclusive, a segurança desse sistema.

MARIA CLARA SOTTOMAYOR refere, a este respeito, que *“não seria viável que a parentalidade fosse transferida automaticamente da gestante para o casal infértil, por efeito da lei, no momento da entrega, sem um ato de reconhecimento judicial, uma vez que este momento, ficando na discricionariedade da grávida, é incerto, e a incerteza não é compatível com o interesse da criança e o princípio da estabilidade do estado das pessoas.”*<sup>28</sup>

Atualmente, em Portugal, não se prevê um regime de direito ao arrependimento, tendo o Tribunal Constitucional declarado a inconstitucionalidade da LPMA, apontando como um dos fundamentos a ausência de consagração deste direito, no Acórdão nº225/2018. O TC salvaguarda, desta forma, a dignidade da mulher gestante, sendo esta mãe pelo parto. Ademais, só após esse momento, e um legítimo período de reflexão, deve em liberdade confirmar se deseja entregar a criança, para que se concretize o projeto parental do casal beneficiário. Neste sentido, já tinha sido incluída na proposta de lei, em 2016, a possibilidade de a gestante ficar com o bebé num prazo de 48 horas após o parto. Tal possibilidade não passou na votação.

ANDRÉ DIAS PEREIRA, em resposta ao Parecer 104/CNECV/2019, adianta ser *“quase impossível um desenho perfeito da regulação dos potencialmente contraditórios interesses em causa”*, nomeadamente a dignidade da mulher gestante, o superior interesse da criança, e o projeto parental dos beneficiários. Aproximando-se da resposta que é dada ao problema pelo modelo inglês, indaga o mesmo autor se não conduzirá a *“uma forte convicção de que o processo irá decorrer com serenidade”*, estabelecer a possibilidade de, após o parto, a gestante *“reiterar a sua vontade altruística de contribuir para o projeto parental do casal que deu origem intencional e genética (pelo menos em*

---

<sup>28</sup> Cf. a Autora citada, no Acórdão nº 225/2018, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>

*parte) a esta criança*”<sup>29</sup>, mediante um livre consentimento, tomado após um período razoável de reflexão, com o devido acompanhamento médico e psicológico.

Este parecer do CNECV surgiu em resposta ao Projeto de Lei nº 1030/XIII/4 do BE, de que falarei adiante. Aponta a existência de um conflito entre os autores do projeto parental e a gestante, subordinando-se totalmente o destino desse projeto dos beneficiários à vontade da gestante, pondo em causa o interesse da criança que virá a nascer. Em verdade, subordinar irrevogavelmente a gestante a um projeto parental alheio, ainda que mediante o seu consentimento inicial, é inadmissível, inconstitucional, instrumentalizando a mulher a ser uma incubadora, que não tem quaisquer vontades, cujas implicações psicológicas, emocionais e físicas de todo o procedimento não devem ser consideradas. Por muito altruísta que seja o seu intento, ainda falamos de uma pessoa humana, que vai carregar uma criança nove meses no seu ventre, vai ver o seu corpo alterar-se, passar por emoções que poderão alterar toda a sua compreensão do procedimento a que se submeteu.

Se a gestante, após um período de reflexão, ainda assim decidir confirmar a entrega da criança ao casal beneficiário, terá concretizado o espírito altruísta e solidário que a moveu inicialmente a aceitar o contrato, realizando-se o projeto parental dos beneficiários, cumprindo-se o seu direito fundamental à constituição de família. Se, noutro caso, a gestante fizer uso do seu direito ao arrependimento, e quiser assumir-se como mãe da criança, estabelece-se a sua filiação, tanto materna, como paterna, nos termos gerais do CC. É inequívoco o gravoso significado que esta segunda hipótese tem para o casal beneficiário, embora deva já estar consciencializado, de forma a minorar o impacto nas suas expectativas, desde a aceitação do contrato.

À semelhança do que também sucede no Reino Unido, não me parece descabido que uma previsão legal aponte aos casais beneficiários a escolha de uma gestante que seja próxima da sua família. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO refere que um contrato puramente gestacional, selado entre pessoas de um mesmo círculo pessoal e social parece mais baseado no altruísmo e na confiança<sup>30</sup>. De notar que o primeiro caso de gestação de

---

<sup>29</sup> DIAS PEREIRA, André, Declaração relativa ao Parecer N.º 104/CNECV/2019 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre a alteração ao regime jurídico da gestação de substituição, disponível em <file:///C:/Users/velin/Downloads/declaracao-conselheiro-andre-dias-pereira.pdf>

<sup>30</sup> DE SOUSA RIBEIRO, Joaquim - *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?*, Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2018



substituição em Portugal, para o qual a Ordem dos Médicos emitiu um parecer favorável a 14 de novembro de 2017, refere-se a um casal em que a mulher teve de retirar o útero por razões clínicas, e em que o embrião foi implantado no útero da pessoa que seria sua avó, na altura com 49 anos.

## 5. Perspetivas para uma solução

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 225/2018, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de vários preceitos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, nomeadamente do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários. Consequentemente, ficou suspensa a gestação de substituição em Portugal, panorama que considero agravar-se pela falta de consenso político na aceitação de um projeto de lei conforme ao entendimento do TC. Efetivamente, várias foram as propostas legislativas que não encontraram acolhimento, culminando numa nova declaração de inconstitucionalidade, por parte do TC, com os mesmos fundamentos, no Acórdão n.º 465/2019. Falta consagrar o direito ao arrependimento, assim compreende sabiamente o nosso Tribunal Constitucional.

A possibilidade de revogação do consentimento da gestante deve, deste modo, estender-se após o nascimento da criança. A gestante não pode ser impedida de mudar de ideias. Aliás, como referem ANDRÉ DIAS PEREIRA e FERNANDA ALMEIDA, deve o Princípio da Livre Revogabilidade às Restrições Voluntárias aos Direitos de Personalidade ser mobilizado, na medida em que qualquer limitação voluntária deve ser sempre revogável. Recusar esta possibilidade é transformar o útero da gestante num meio para uma verdadeira prestação de serviços. A eliminação do direito à revogação livre do consentimento configura uma violação da dignidade da pessoa humana, o que o Tribunal Constitucional reitera<sup>31</sup>.

No final de 2019, com o Projeto de Lei 71/XIV, veio o Bloco de Esquerda apontar a previsão de um direito ao arrependimento que pudesse acontecer, por vontade da

---

<sup>31</sup> ALMEIDA, Fernanda, DIAS PEREIRA, André, *Barrigas de aluguer: uma precipitação legislativa*, Jornal Público, 2016

gestante, até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança nascida. Ou seja, podia a gestante revogar livremente o seu consentimento, após o nascimento, num prazo de 20 dias. No entanto, e embora considere este um prazo razoável, há que acautelar o facto de o registo da criança ser feito, muitas vezes, poucos dias após o parto. Deve-se assegurar uma real proteção deste direito ao arrependimento, por forma a ser efetivamente concretizado, num período que permita à gestante ter apoio psicológico, e formar uma decisão livre e esclarecida.

RAFAEL VALE E REIS pronuncia-se no sentido de considerar este um prazo curto, em comparação com o modelo em vigor no Reino Unido. Refere que *“os Deputados deveriam ter consagrado um prazo, entre as 6 semanas e alguns meses após o parto, que permitisse uma intervenção judicial ou administrativa que enquadrasse (e até procurasse afastar) uma eventual pretensão de arrependimento da gestante, ou uma qualquer vicissitude ligada ao casal beneficiário que o impeça de receber a criança.”*<sup>32</sup>

Se, por um lado, me parece ser o prazo de 6 semanas, ou até alguns meses, demasiado longo para uma reflexão por parte da gestante, que entretanto cria inegavelmente laços afetivos com a criança, o que tornaria mais violenta a separação, por outro lado, este período de reflexão deve também assistir aos beneficiários que, enquanto pessoas humanas que também são, têm o direito de se arrepender e escolher não ficar com a criança.

O prazo de 20 dias após o nascimento da criança afigura-se-me como um bom caminho para a realização pacífica do contrato, devendo a lei ser ainda alterada quanto ao estabelecimento da filiação, para que se adote o critério geral. Não obstante, o TC procurou dar resposta a esta última questão, considerando a possibilidade de se retomar o critério geral de estabelecimento de maternidade, ou de só se estabelecer a maternidade aquando da entrega da criança, e não com o seu nascimento.

A melhor solução passa por considerar a gestante como mãe pelo critério geral. Consentindo esta a entrega da criança, deve atribuir-se por via judicial a filiação ao casal beneficiário, criando-se uma regra semelhante ao sistema inglês, com as devidas adaptações ao nosso ordenamento jurídico. Só este regime me parece o caminho ideal para resolver a questão, caso a gestante se arrependa.

---

<sup>32</sup> VALE E REIS, Rafael, *Gestação de substituição: a arte de procrastinar*, Jornal Público, 2019

É urgente proceder a estas alterações significativas na Lei da Procriação Medicamente Assistida portuguesa, estando em suspenso o acesso à gestação de substituição que, enquanto técnica de PMA, se afigura como o único caminho de muitos casais para concretizar o seu desejo de ter filhos, configurado como um direito fundamental protegido constitucionalmente.

## Conclusão

Uma lei futura sobre a gestação de substituição terá de respeitar o direito ao arrependimento da mulher gestante, o seu direito a revogar livremente o seu consentimento até ao final do contrato de gestação, para que seja cumprido com o entendimento do Tribunal Constitucional, e passe a ser constitucional a LPMA no nosso ordenamento jurídico.

Não posso deixar igualmente de apontar que ainda é longo o caminho que espera a gestação de substituição no nosso país: precisa-se de uma maior abertura à promoção da igualdade de acesso à gestação de substituição também por parte dos homens, nomeadamente casais homossexuais.

Além disso, temos um conjunto de direitos e interesses envolvidos que ainda não conseguiram encontrar, nas propostas legislativas já apresentadas, um equilíbrio, quase impossível é certo, mas um equilíbrio que permitisse colocar em prática a técnica no nosso país, procurando compatibilizar o superior interesse da criança com os direitos da gestante e o projeto parental do casal beneficiário.

O Tribunal Constitucional aponta a ausência de consagração de um direito ao arrependimento por duas vezes, o que alerta para a necessidade de se garantir que os contratos de gestação de substituição não sejam uma via de mercantilizar o corpo das mulheres que, movidas por um sentimento de solidariedade e altruísmo, se dispõem a carregar no ventre um filho com o qual não partilham material genético. Isto só será possível mediante a concretização da livre revogabilidade do consentimento durante todo o processo, até à entrega da criança.

Desta forma, a condição para a admissibilidade da gestação de substituição em Portugal passa por conformar o regime com a garantia da proteção da dignidade humana da gestante, que parece esquecida nesta lei enquanto sujeito jurídico a que assistem os mesmos direitos fundamentais dos beneficiários.

No fundo, a gestante é a figura principal que dá vida ao contrato de gestação, sem a qual o mesmo não se pode concretizar. Um fator determinante é a sua vontade, o seu consentimento, que jamais se pode negar ou condicionar. Aspeto que o casal beneficiário não pode descurar aquando da aceitação do contrato de gestação. A escolha de uma pessoa

próxima, de confiança, para ser a mãe gestante, assemelha-se como a opção de minimizar o risco que perpassa estes contratos, de arrependimento por parte da gestante.

Sempre existirá controvérsia em redor desta temática. Não se trata de um processo perfeito, onde sempre existirão problemas, quer no decorrer do contrato, quer aquando da entrega da criança. A figura da gestante, no entanto, necessita de uma compreensão mais conforme aos seus direitos, enquanto ser humano igual aos demais. O legislador revelou alguma falta de cuidado em algumas questões que envolvem os direitos desta mulher, contudo não se corre o risco, no nosso ordenamento jurídico, da sua instrumentalização. O contrato de gestação de substituição só é permitido a título gratuito, com uma motivação altruísta, não levando a que exista uma subordinação económica entre as partes.

Deve adotar-se o período de vinte dias após o nascimento como período de reflexão, a fim de permitir às partes, nomeadamente à gestante, o exercício do seu direito ao arrependimento. Isto implica uma alteração quanto ao registo da criança, assegurando que o período de reflexão é, efetivamente, cumprido, e que a gestante tenha o devido acompanhamento profissional, médico e psicológico, para que possa exprimir a sua vontade de forma livre e esclarecida.

Quanto ao estabelecimento da filiação da criança, considero que a exceção à regra geral contida no CC significa uma “filiação por contrato”, na medida em que a criança que viesse a nascer fruto deste contrato seria tida como filha dos beneficiários. Existem outras alternativas para que, caso a gestante entregue a criança, a parentalidade seja atribuída aos beneficiários, devendo sempre prevalecer o princípio *mater semper certa est*.

Um modelo que preveja o direito ao arrependimento, é um modelo que permitirá aos casais portugueses, que sofrem sem conseguirem ver concretizado o seu direito a procriar, ter o seu sonho cumprido. Atualmente, pergunto-me quantos casais não veem as suas expectativas defraudadas pela insustentável situação que veda o acesso à gestação de substituição. Aguarda-se que uma correta regulamentação do direito ao arrependimento surja em breve, para que a gestação de substituição possa ser, de novo, uma possibilidade para os casais inférteis de Portugal.

## **Bibliografia**

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

BARROS, Alberto, *Barrigas de Aluguer*, in Boletim da Ordem dos Advogados, N.º 88, março 2012

CABO, Ana Isabel, *Regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa, Maternidade de Substituição*, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 88, março 2012

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

COELHO, F. Pereira, e OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006

ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida, *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal? - Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

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

Parecer nº63/CNECV/2012, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição

Parecer nº104/CNECV/2019, do Conselho de Ética para as Ciências da Vida sobre a alteração ao regime jurídico da gestação de substituição

PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição*, Revista Julgar Online, janeiro de 2017

RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe: Questões Éticas e Legais Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)*, *Lex Medicinæ*, n.º 6, 2006

RAPOSO, Vera Lúcia, *Quando a cegonha chega por contrato*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, março 2012

REIS, Rafael Vale e, *Erro crasso na Maternidade de Substituição*, 2016, disponível em <https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/opiniao/erro-crasso-namaternidade-de-substituicao-1738773>

REIS, Rafael Vale e, *O difícil caminho da Gestaçã de Substituição em Portugal*, 2017, disponível em <https://observador.pt/opiniao/o-dificil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>

REIS, Rafael Vale e, *Gestaçã de Substituição: a arte de procrastinar*, 2019, disponível em <https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao%20arteprocrastinar-1884682/amp>

REIS, Rafael Vale e, *Responsabilidade Penal na Procriaçã Medicamente Assistida – A criminalizaçã do Recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas*, *Lex Medicinæ*, N.º 13, 2010

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores*, Colóquio Internacional, *Que futuro para a gestaçã de substituição em Portugal?*, Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2018

*Surrogate Motherhood: A Violation of Human Rights*, European Centre for Law and Justice, Council of Europe, Strasbourg, 26 de abril de 2012, <https://www.iebeib.org/ancien-site/pdf/surrogacy-motherhood-icjl.pdf>

*Surrogacy in the UK: Myth busting and reform*, Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform November 2015, [https://www.familylaw.co.uk/docs/pdf-files/Surrogacy\\_in\\_the\\_UK\\_report.pdf](https://www.familylaw.co.uk/docs/pdf-files/Surrogacy_in_the_UK_report.pdf)

PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Uma gestaçã inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestaçã de Substituição*, *JULGAR*, janeiro de 2017

CHABY, Estrela, *Direito de Constituir família, filiação e adoção: Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos – II

OLIVEIRA, Guilherme de, *Restrições de acesso à parentalidade na medicina de reprodução*, in *Lex Medicinæ*, Ano 10, nº20, 2013

ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2ª edição, Principia, Lisboa, 2011

COSTA, Marta, LIMA SARAIVA, Catarina, *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, revista Lusíada. Direito, nº10, 2012

ALMEIDA, Fernanda, DIAS PEREIRA, André, *Barrigas de aluguer: uma precipitação legislativa*, Jornal Público, 2016, disponível em <https://www.publico.pt/2016/08/06/sociedade/opinioao/barrigas-de-aluguer-uma-precipitacao-legislativa-1740474>

VARELA, João de Matos Antunes, *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, Revista Brasileira de Direito Comparado, 1993, nº 15