

# GERAR UMA CRIANÇA PARA OUTROS: DO *GHETTO* E DO *GINECEU* À AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO E DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS

Maria Margarida Silva Pereira

## §. 1º INTRODUÇÃO

I.



ão há como subestimar matérias de incontornável relevância jurídica. A maternidade de substituição<sup>1</sup> existe e deve ser regulamentada, sob pena de se criar um vazio jurídico em domínios muito sensíveis dos Direitos Humanos, como são os direitos de género e os direitos das crianças.

A maternidade de substituição existe, como afirmámos; sem retorno possível.

Senão vejamos.

A lei permite a adoção<sup>2</sup>: uma pessoa ou um casal podem

---

<sup>1</sup> A lei adota a expressão «gestação de substituição» e não «maternidade de substituição». O Conselho Nacional da Ética Para as Ciências da Vida justifica a sua preferência pela terminologia legal no Parecer 63/2012, pp. 7-8: «Considerando que: a) a semântica escolhida nunca é indiferente em Bioética; b) a expressão “maternidade de substituição”, apesar de muito divulgada e de vir consagrada na nossa lei e nos dois projetos de lei em apreciação, pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica, o CNECV optou pela expressão gestação de substituição e gestante de substituição, que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva». Afigure-se-nos claro que a opção traduz rigor técnico relativo ao procedimento e não uma consideração antropológica ou axiológica sobre a importância do papel da mulher que gera a criança.

<sup>2</sup> Refere-se a adoção plena, única, aliás, existente na ordem jurídica portuguesa, após a entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, que altera o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, e o Código de

prescindir dos seus direitos parentais sobre o filho genético; e outra pessoa ou outro casal pode assumir juridicamente o seu papel parental.

A lei reconhece, igualmente, a procriação medicamente assistida, mesmo recorrendo a material genético de terceiros<sup>3</sup>. Ou seja, nada impede uma mulher de gerar uma criança com material genético que não é o seu, como nada impede a imputação jurídica de parentalidade, ainda que tal imputação jurídica se dissocie da verdade biológica.

Ora, a partir do momento em que ambas as construções são juridicamente admitidas, como não aceitar que uma mulher gere uma criança com material genético de outrem e a entregue a terceiros, considerados há potenciais pais jurídicos, porque assim acordaram todos?

Existem certamente diferenças entre maternidade de substituição, acesso à procriação medicamente assistida e adoção. No caso da maternidade de substituição, a decisão de entrega da criança é anterior ao parto, ao contrário do que acontece na adoção. E, diferentemente do que acontece no recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, o casal beneficiário da maternidade de substituição nada contribui para a experiência da gestação.

---

Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, e aprova o Regime Jurídico do Processo de Adoção.

<sup>3</sup> Nos termos da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida), art.º 3.º, 2, «As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade. E, segundo o art.º 6.º, 1, «Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual». O art.º 10.º, 1, dispõe que «Pode recorrer-se a ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gâmetas».

Mas a tríade adoção / procriação medicamente assistida / maternidade de substituição não se desvanece com tais diferenças.

Pois quem pode garantir que a adoção não supôs intenção de entrega da criança a terceiros por parte da mãe, do pai, ou de ambos, logo quando decidem procriar, eventualmente, com material genético que não o seu? E como ignorar que a equiparação da adoção à parentalidade não é uma ficção jurídica, tal como a imputação de maternidade a mulher comitente da maternidade de substituição sempre que esta não contribui com o seu material genético?

Restará, para separar juridicamente as águas, invocar que o contrato de maternidade de substituição é eticamente controverso, uma vez significa assumir que alguém gera uma criança logo com a intenção de prescindir da filiação.

Mas a intenção de assumir a parentalidade é do foro íntimo e o Direito não tem por isso como a sindicá-la.

É com certeza possível ao Direito vedar o recurso à maternidade de substituição. Mas a força da realidade impõe-se, mais cedo ou mais tarde. Considera-se de longe preferível estruturar juridicamente o horizonte de admissibilidade da maternidade de substituição do que enfrentar situações consumadas, atrabiliariamente ocorridas e assumindo o Estado e a comunidade jurídica a responsabilidade de, por omissão, não ter desempenhado o seu papel: promover o debate alargado sobre a matéria e legislar de acordo com critérios precisos, valores e princípios identificados.

O Direito não tem como impedir a concretização das possibilidades científicas que se vão oferecendo no domínio da gestação. Deve erguer-se contra tudo o que é intrinsecamente contrário aos direitos e interesses das pessoas. Ora, sendo tal o caso da maternidade de substituição em muitos casos, não o será na totalidade das situações em que pode ocorrer. É possível esgrimir por leis bem estruturadas sobre a matéria. Há a obrigação de

o fazer, aliás, num Estado de Direito Democrático.

Todo o domínio da bioética é por natureza complexo. A maternidade de substituição, que representa um dos seus pontos mais sensíveis, não tem como furta-se a debate intenso, a discurso legitimador profundo, a dogmática escorada em princípios rigorosos. Pois ela apresenta dificuldades específicas no domínio dos Direitos Humanos, ainda que isto se não evidencie por regra no discurso que lhe é favorável e deu origem à lei portuguesa, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

Fizemos breve exame crítico a esta Lei noutra ocasião<sup>4</sup>, assim como à construção jurídica da maternidade de substituição, tal como ela se verifica por regra: um negócio jurídico, oneroso ou gratuito, através do qual uma mulher acorda gerar uma criança visando à partida entregá-la à outra parte do contrato<sup>5</sup>.

Procuramos agora determinar os critérios jurídicos que possam constituir a base de uma lei de maternidade de substituição compatível com os direitos de género e os direitos das crianças; de uma lei que não use a ciência *in malam partem*, uma lei que não perpetue a visão do tema como uma questão *só* feminina, ou essencialmente feminina, favorecendo o estigma do *gineceu*; de uma lei que não obscurantize a gestante como protagonista, que não estimule o seu acantonamento num *ghetto*.

II. Sempre a discussão em prol da maternidade de substituição é enviesada; a que vem ocorrendo em Portugal a este respeito não é exceção.

---

<sup>4</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, *Julgar Online*, janeiro de 2017.

Disponível em

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

<sup>5</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, “O conceito de vida familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a turismo reprodutivo e maternidade de substituição (A propósito da decisão do Tribunal Pleno de 24 de Janeiro de 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Queixa n.º 25358/12)”, *Julgar* n.º 32, Maio-Agosto 2017, pp. 261-287.

O reconhecimento da maternidade de substituição começou por ser entendido, na atualidade, como desinência do direito à liberdade das mulheres, do direito a dispor do seu corpo. Em eixo de simetria com o direito ao aborto, surgiu a interrogação: não têm as mulheres o direito de gerar uma criança e entregá-la a outrem com quem contratem isso mesmo?

Tal como se entendeu não dever ser crime abortar, porque a titularidade do corpo é de quem gera, seria igualmente lícito<sup>6</sup> dispor do corpo para dar a vida e prescindir da maternidade.

Foi, assim, uma emanção do discurso de género que esteve na origem do aplauso da figura pelo discurso feminista; do discurso pela emancipação face ao biologismo, em nome dos direitos de género. Recorda-se Simone de Beauvoir, quando afirma, em *O segundo sexo*, que que não se nasce mulher, torna-se mulher. Sendo o género uma construção social, torna-se compreensível a dissociação entre o papel da mãe e o papel da gestante.

Mas prática não é apenas irónica com os direitos das mulheres, revela-se em várias circunstâncias sádica em relação a eles.

III. E a experiência da maternidade de substituição a nível mundial não tem sido, na maioria dos casos, um viço de liberdade feminina, como o seu fundamento em nome da liberdade deixaria antever, mas sim de subjugação.

Porque as gestantes celebram, em muitíssimos países que legalmente consagram a permissão, contratos terrivelmente mal remunerados. Contratam com poderosas clínicas que recebem a parte de leão do pagamento que os comitentes realizam; e sucede ainda que, em vez de exprimirem a plena autonomia da sua vontade em tais contratos, são muitas vezes coagidas pela dependência financeira em que se encontram e/ou pela vontade dos seus

---

<sup>6</sup> Não é este o local para discutir o bem fundado do art.º 142.º do Código Penal, ao afirmar que o aborto «não é punível», o que é diferente de assumir que não é crime.

parceiros masculinos<sup>7</sup>, o que significa que tais contratos têm validade questionável; porque a generalidade das mulheres que assim “negoceiam” são pouco esclarecidas sobre as consequências que podem impender sobre a sua saúde física e psíquica devido ao processo de gestação e depois dele.

Nos países democráticos, preconiza-se a gestação de substituição em nome de uma muito pouco discutida “modernidade”. Porém, a maternidade de substituição costuma ser, no discurso político e nos processos legislativos, um *tema de mulheres*, que tomam sobre si a questão, fraturante, densa, mas bem distanciada daquelas outras que movem o poder. A maternidade de substituição é, sem dúvida, um negócio bilionário a nível mundial<sup>8</sup>, mas as leis democráticas emergem de iniciativas legislativas que a cobrem com o manto do altruísmo, da solidariedade com quem pretende ter filhos e o não pode. O peso do irrealismo, de cuja libertação a emancipação cidadã depende, surge aqui de forma subtil. Isto mesmo é assinalado pela doutrina que se rebela contra a maternidade de substituição. Trata-se, em regra, de doutrina feminista. De escrita de mulheres, portanto, na maioria dos casos.

Quase sempre mulheres que, em campos opostos às vezes, mais ou menos conscientemente, sofrem a vitimização ou

---

<sup>7</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, “Uma gestação inconstitucional...”, pág. 2.

<sup>8</sup> Cf. a propósito a profunda discussão do tema no Conselho da Europa, quando da apreciação do relatório De Sutter, que propunha recomendar medidas que obviassem aos efeitos nocivos da sub-rogação: medidas que, implicitamente, redundariam no reconhecimento jurídico da maternidade de substituição. Em 16 de Outubro de 2016, o relatório foi rejeitado, por votação quase tangencial.

Disponível em

<https://vodmanager.coe.int/coe/webcast/coe/2016-10-11-5/en/24>

Cf. ainda o relatório De Sutter (Children’s rights related to surrogacy Report1 Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development of the Parliamentary Assembly Rapporteur: Ms Petra DE SUTTER, Belgium, Socialist Group, PROVISIONAL VERSION 21 September 2016).

Disponível em

<http://website-pace.net/documents/19855/2463558/20160921-SurrogacyRights-EN.pdf/a434368b-2530-4ce4-bbc0-0113402749b5>

lutam contra ela; e com estratégias não coincidentes em muitos casos. O peso financeiro da maternidade de substituição não atinge a agenda política portuguesa, nem afeta o Produto Interno Bruto; por enquanto. Fora assim, e o tema era certamente avocado por outros: por todos quantos se ocupam da agenda política.

Assumimos a nossa parte na discussão jurídica como dever incontornável.

## § 2.º TRÊS CRÍTICAS FUNDAMENTAIS À LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO

I. Coube à primeira lei portuguesa sobre gestação de substituição o destino cruel de replicar este enredo: ser o resultado de um discurso acantonado, débil nos argumentos, quase timorato, também ele em espécie de *ghetto* ou *gineceu*.

As iniciativas legislativas apresentadas na Assembleia da República<sup>9</sup> não foram discutidas amplamente, como era fundamental. O problema de fundo, a liberdade e a maternidade, não vieram à *res publica*, onde Arendt afirma que se emancipam o cidadãos e nascem as crianças. Quando saiu de apagada discussão em Comissão Parlamentar<sup>10</sup>, o diploma era um razoável desconhecido. Só assim se explicam mudanças de sentido de voto de deputados, que ocorreram após o veto presidencial.

---

<sup>9</sup> Cf. os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1.ª) PS, 29/XIII (1.ª) PAN, 36/XIII (1.ª) BE e 51/XIII (1.ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS). E ainda o Projeto de Decreto Regulamentar referente à regulamentação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006 de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro e pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, sobre o qual recaiu parecer do Conselho Nacional da Ética Para as Ciências da Vida, a pedido do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde (RELATÓRIO E PARECER SOBRE O PROJETO DE DECRETO REGULAMENTAR REFERENTE À REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO, QUE REGULA O ACESSO À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, Janeiro de 2017).

<sup>10</sup> A tramitação ocorreu, por último, na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

Na verdade, o Presidente da República não se entusiasmou com a nova lei. O seu veto<sup>11</sup> louvou-se nas impositações sobre a gestação de substituição do Conselho Nacional da Ética Para as Ciências da Vida.

Porém, a constitucionalidade da lei continua, ainda assim, a ser muito duvidosa. Sobre o pedido de fiscalização sucessiva não recaiu decisão do Tribunal Constitucional neste momento.

II. Circunscrevemos a apreciação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a três problemas.

1. Em primeiro lugar, a *imputação de parentalidade ao casal comitente*.

2. Em segundo lugar, a *ocultação pública da gestante e o segredo, imposto à criança que nasce, da sua história pessoal*.

3. Em terceiro lugar, a *legitimidade das sanções criminais que a lei aplica à gestante*.

## 1. A IMPUTAÇÃO DE PARENTALIDADE AO CASAL COMITENTE

1.1. É uma opção juridicamente discutível, senão incorreta. Antropologicamente, mãe é a mulher que gera; assim não deixa de ser no plano biológico mesmo na gestação de substituição, uma vez que o corpo em que se é gerado determina não é indiferente à fisionomia biológica da criança, tal como influencia a mente do novo ser humano<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Lê-se no texto que sustenta a promulgação: «2. O veto incidente no Decreto da Assembleia da República, n.º 27/XIII susteve-se, essencialmente, no não acolhimento das “condições cumulativas formuladas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida”, “enunciadas em duas deliberações, com quatro anos de diferença, e com composições diversas do Conselho e traduziram sempre a perspetiva mais aberta a uma iniciativa legislativa neste domínio».

<sup>12</sup> É medicamente reconhecido que a influência gestacional sobre a criança, sempre que o material genético não pertence à gestante, será muito menor do que nos casos em que isto não sucede. O que clarifica a asserção perentória de Miguel Oliveira da Silva, quando afirma que «emprestar o útero não é o mesmo que ser mãe».



É assim legítimo, por um lado, dissociar a gestação da maternidade, impondo que o registo da criança não identifique a pessoa que deu à luz, e não admitir, por outro lado, que a gestante possa vir a constar, definitivamente, como mãe da criança, se isso decorrer da sua vontade e do superior interesse da criança que gerou?<sup>13</sup>

A aferição de quem tem competência para assumir a maternidade definitiva, bem como da concretização superior interesse da criança na eleição daqueles a quem deve ser imputada a sua parentalidade implicam dilação temporal entre o parto e a decisão – uma decisão desejavelmente da competência de

---

Disponível em

<https://observador.pt/2015/08/16/miguel-oliveira-da-silva-emprestar-o-utero-nao-esser-mae/>

Mas a lei permite que a mãe jurídica não seja, ela própria, fornecedora do material genético (por hipótese, quando este pertence ao seu companheiro ou à sua companheira). Que diremos destes casos? Sem dúvida, o elemento de rigor e certeza impõe que o Direito mantenha a imputação de maternidade à gestante.

<sup>13</sup> Lê-se a este propósito e no mesmo sentido do nosso texto no Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1.ª) PS, 29/XIII (1.ª) PAN, 36/XIII (1.ª) BE e 51/XIII (1.ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS), Relatório 87/CNECV/2016, pp. 15-16: «O CNECV, no seu Parecer 63/CNECV/2012 manifestou preocupação pela situação da mulher a quem são aplicadas as técnicas de PMA, apontando para exigências específicas relativas à informação que lhe é devida antes da celebração do contrato, ao conteúdo do mesmo, às hipóteses de incumprimento e de revogação do contrato e às decisões sobre eventual interrupção de gravidez. No mesmo Parecer alude-se também ao «significado e consequências da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (por exemplo, epigenética)», elemento que deve ser valorizado no âmbito da ponderação acerca da relevância do interesse do nascituro neste contexto. A dúvida reside ainda em saber qual o interesse da criança que vier a nascer e se é possível garantir os seus direitos neste contexto reprodutivo. Não existe ainda suficiente evidência sobre os efeitos de um novo e diferente contexto reprodutivo na construção da personalidade da criança, havendo, no entanto, alguma evidência quanto à ligação (psicológica, biológica/epigenética) que se estabelece durante a gestação entre o feto e a mulher grávida, ligação que é importante para o desenvolvimento futuro da criança. A questão está em ponderar se será aceitável que a lei imponha o cumprimento de um contrato que representa o corte com o vínculo biológico e afetivo construído ao longo do desenvolvimento intrauterino da criança e cuja manutenção e aperfeiçoamento a ciência já demonstrou ser benéfica para o recém-nascido, no seu processo de crescimento e de afirmação bio-psico-social».

entidade isenta, de acordo com os interesses e os direitos aqui envolvidos, da mãe gestante e da criança. Será o poder judicial, adjuvado pelo Ministério Público, sob parecer de médicos e psicólogos. Uma decisão que obviamente não pode ocorrer logo por ocasião da celebração do contrato, como a lei em vigor determina<sup>14</sup>.

A lei inglesa opta por este outro caminho, fazendo depender a entrega da criança ao casal contratante do decurso de um período de reflexão e impondo uma decisão judicial para o efeito («parental order»)<sup>15</sup>.

1.2. A primeira versão da Lei da procriação medicamente assistida proibia sempre a maternidade de substituição, o que redundava em que do registo de maternidade constasse a mãe gestante em todos os casos.

Lia-se então no art.º 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho:

*«Maternidade de substituição:*

*1 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.*

*2 - Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade».*

Acrescentava que a mãe de substituição seria sempre a mãe da criança (n.º 3).

A redação legal era infeliz, pois tinha inerente conotação cripto-sancionatória – “Se gerares a criança para a entregar, mãe

---

<sup>14</sup> Seguindo esta outra opção da dilação temporal e do cometimento da decisão de entrega ao tribunal, o Direito inglês. É verdade que no Reino Unido, onde a experiência jurídica da maternidade de substituição tem décadas, se pugna hoje por maior celeridade das decisões. Mas pugna-se nesse sentido, por isso que estas chegam a tardar dois anos; o que se pretende não é abolir o prazo de reflexão da gestante, mas sim acelerar o processo judicial.

<sup>15</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, “O conceito de vida familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a turismo reprodutivo...”, pág. 283, nota 49.

serás”<sup>16</sup>. A maternidade gestacional e a maternidade jurídica identificavam-se<sup>17</sup>.

1.3. Em 2016, a lei erradicou este anátema sancionatório, ao inverter a imputação de parentalidade. A partir de então, os pais de intenção passaram a ser os pais jurídicos, independentemente da licitude do processo. Dispõe agora o art.º 8.º, 7: «*A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários*»<sup>18</sup>.

Mas terá sido intenção do legislador “redimir” a mãe que gera, mesmo quando a maternidade de substituição for praticada de forma ilícita, ou antes, reconhecer os direitos do casal comitente a todo o transe: igualmente naqueles casos em que a sua idoneidade parental possa suscitar dúvidas sérias, pois contribuiriam também eles para uma prática ilícita, que a lei considera criminosa? Quase inexplicavelmente, assim sucede<sup>19</sup>. Afigura-se que presidiu à lei, cujo trilha o art.º 3.º, 5 do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, seguiu, o intuito de imputar a parentalidade ao casal comitente em todas as circunstâncias e com prejuízo de uma aferição da sua idoneidade parental. A

---

<sup>16</sup> Uma espécie de anátema que, em rigor jurídico, atentava contra a dignidade do filho.

<sup>17</sup> Nada impedia que os comitentes da maternidade de substituição ilícita viessem posteriormente a adotar a criança. Admite-se que tal hipótese fosse muito remota, pois dificilmente o juiz aceitaria dar em adoção uma criança a quem tivesse praticado o crime que esteve na origem do seu nascimento.

<sup>18</sup> É certo que a expressão legal não é totalmente esclarecedora. Em boa verdade, ao afirmar que a criança é considerada filha dos comitentes («beneficiários») o legislador não diz inequivocamente que isto sucede também nos casos de procedimento de gestação de substituição ilícita. Mas a circunstância de ter revogado a imputação de maternidade à gestante nestes casos indicia tal entendimento. E, por seu lado, o art.º 3.º, 5 do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, vem estabelecer que «Em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respetivos beneficiários».

<sup>19</sup> Não se pretende afirmar de modo apodíctico que atuar ilicitamente porque se deseja muito ter um filho retire idoneidade parental. De todo o modo, é um forte motivo para que o legislador remeta, em tais casos, a decisão ao poder judicial.

solução é, também por isso, altamente questionável<sup>20</sup>.

## *2. A OCULTAÇÃO PÚBLICA DA GESTANTE E O SEGREDO, IMPOSTO À CRIANÇA QUE NASCE, DA SUA HISTÓRIA PESSOAL*

2.1. A ocultação da gestante, o seu afastamento da criança que dá à luz constitui preocupação maior inscrita no Decreto Regulamentar citado. Lê-se no Preâmbulo: «Destaca-se a importância de privilegiar a ligação da mãe genética com a criança, ao longo do processo de gestação de substituição, designadamente no âmbito da celebração e da execução do próprio contrato, circunscrevendo-se a relação da gestante de substituição com a criança nascida ao mínimo indispensável, pelos potenciais riscos psicológicos e afetivos que essa relação comporta. Isto, obviamente, sem prejuízo das situações em que a gestante de substituição é uma familiar próxima, em que poderá existir, habitualmente, uma relação entre a gestante de substituição e a criança nascida. Procura-se, ainda, assegurar a máxima segurança médica possível, acautelando o envolvimento de todas as partes, numa decisão alicerçada na tutela de interesses comuns e, em especial, dos interesses da criança».

Por outras palavras: ignora-se ou nega-se mesmo, neste diploma que o Conselho de Ministros aprovou, o direito da gestante a manter uma ligação afetiva com a criança, em nome de

---

<sup>20</sup> Argumenta, também neste sentido, o Parecer do Conselho Nacional da Ética Para as Ciências da Vida: «...não se compreende que o diploma regulamentador venha atribuir a um contrato nulo efeitos idênticos a um contrato válido. Não é aceitável, do ponto de vista ético, que alguém possa obter, através de um contrato de gestação em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais. Tal solução não dissuadiria as práticas ilegais e proporcionaria ocasiões de exploração das mulheres gestantes que se pretende limitar ao máximo». Cf. RELATÓRIO E PARECER SOBRE O PROJETO DE DECRETO REGULAMENTAR REFERENTE À REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO, QUE REGULA O ACESSO À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (Janeiro de 2017), pp. 9-10.

alegados malefícios para esta última, os quais podem advir, nem mais nem menos, do que do carinho que a mulher que a gerou pretenda dispensar-lhe. A argumentação é tanto mais exótica, quanto a lei, afastando a gestação de substituição onerosa, pretende sugerir um perfil altruísta, bondoso, de gestante; e afasta-se, no momento seguinte, tal como vimos suceder no domínio da menção de maternidade, do exemplo que o Direito democrático mais consolidado nesta matéria conhece, a lei do Reino Unido – a qual favorece, não só o contacto entre os comitentes e a gestante antes do parto, como a continuação das ligações afetivas profundas depois dele. Há uma ressalva: o caso em que a gestante é familiar ou pessoa próxima<sup>21</sup>. Ocorre, porém, perguntar se a gestação não determina, por um lado, uma relação de tipo familiar com a criança; e, por outro lado, se algo favorece maior proximidade pessoal do que a gestação.

Não se vislumbra como seja constitucionalmente possível sustentar este afastamento, a menos que ele comprovadamente lese o superior interesse da criança.

2.2. O segredo também atinge a criança que nasce, privando-a do conhecimento da sua história pessoal, o que infringe o art.º 26.º, 1, da Constituição.

O art.º 15.º, 5, da Lei 26/2016, de 22 de agosto, afirma que «o assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA».

Até aqui, andou bem o legislador. O problema resulta do outro ângulo da regulamentação, aquele em que se pretende que o afastamento entre a gestante e a criança ocorra, porque se considerou, como observámos, que tal afastamento é

---

<sup>21</sup> Esta possibilidade de a gestante ser familiar da criança existe também no Reino Unido. A despeito das considerações que se possam tecer sobre a concatenação inequívoca entre tal possibilidade e o superior interesse da criança, a verdade é que no Reino Unido se verificam muitos casos em que isso não acontece. Muitas outras mulheres se disponibilizam para proceder à gestação. E jamais ocorre desfavorecer a sua proximidade com a criança que geram: é o contrário que sucede.

*indiscutivelmente benéfico* para as crianças.

O direito ao conhecimento da história pessoal pressupõe, como sustentámos em outras ocasiões, a identificação dos próprios dadores de material genético<sup>22</sup>. Por maioria de razão, tal direito impõe-se no caso de nascimento por recurso a gestação de substituição. Pois há uma ligação intrínseca entre a criança e a gestante<sup>23</sup>, pelas razões já apontadas, e nada legitima a sua ocultação<sup>24</sup>. Mesmo a questão que se suscita, tanto nos casos em que uma pessoa nasce por recurso a procriação medicamente assistida e possui material genético de terceiros, como nos casos em que é adotada, de determinar o momento em que a desvenda da sua história deve ocorrer, de acordo com o critério de que a mesma desvenda não deve dar-se em circunstâncias que prejudiquem o seu equilíbrio psicológico, sofre aqui uma inflexão. O que sempre deveria acontecer era o *não afastamento* entre a criança e a mãe gestante, que integram a mesma família<sup>25</sup>. A lei que exige solidariedade e altruísmo à gestante para com os pais de intenção não tem como, de forma coerente com o superior interesse da criança, deixar de atender a que as exigências se devem impor a jusante da gestação. Diferentemente da criança dada em adoção, que *está* no mundo e da qual a mãe e/ou o pai abdica, pelo que a sua vida familiar só pode ser retomada noutro

---

<sup>22</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, Nova Causa, 2016, pp. 560 e ss.

<sup>23</sup> A ligação pode envolver também o cônjuge ou companheiro da gestante. A lei ignorou-o.

<sup>24</sup> A menos que isso colida com o seu superior interesse. Mas é caso a considerar pontualmente.

<sup>25</sup> É certo que o conceito de família se alarga desta sorte. Os laços familiares que a lei contempla no art.º 1576.º do Código Civil. A partir do momento em que o registo de maternidade passa a mencionar a mãe jurídica, o parentesco entre a criança e a gestante desaparece. Mas há que reconhecer que outros laços familiares são hoje doutrinariamente aceites e sendo os seus pressupostos de reconhecimento muito mais discutíveis. Pensamos no entendimento segundo o qual o apadrinhamento civil, contemplado pela Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, alterada pela Lei n.º 141/2015, de 08/09, constitui relação familiar. Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 299-308.

ambiente familiar, a criança que nasce por maternidade de substituição não representa um problema humano que aí está para ser solucionado depois do nascimento e só em função das circunstâncias que enfrenta nessa altura. Esta outra criança não se apresenta ao Direito como *problema humano* consumado. É um ser humano que nasce em condições muito específicas e a sua existência só se perfila ante o Direito porque este reconheceu a maternidade de substituição<sup>26</sup>; tem, assim, uma história familiar complexa e consabida, e tem o direito indeclinável de ver o seu nascimento clarificado, se necessário, de tal forma que lhe não advenham problemas resultantes do processo de conceção, previsíveis quando este processo ocorre. Como tem o direito a crescer e ser educada vendo respeitada a sua origem, o que implica crescer em coerência com a forma como veio ao mundo e com o seu desenvolvimento. Compete a quem a acompanha enfrentar a realidade e transmitir sempre que possível esse conhecimento, não o obnubilando em razão de tibieza e de medo, ou de ciúme. A idoneidade para recorrer à maternidade de substituição supõe perfil de coragem para a enfrentar no percurso educativo da criança.

### 3. A LEGITIMIDADE DAS SANÇÕES CRIMINAIS QUE A LEI APLICA À GESTANTE E NOS DEMAIS CASOS

3.1. A prática de maternidade de substituição era, nos termos do art.º 39.º da Lei 32/2006, de 26 de julho, crime, em todas as circunstâncias em que fosse praticada.

«Artigo 39.º Maternidade de substituição

---

<sup>26</sup> Outro, e muito diferente, é o problema jurídico que suscitam as crianças nascidas por maternidade de substituição proibida. Devem ser logo por isso consideradas em estado de abandono (posição que não adotamos)? Devem antes, caso possuam o material genético dos comitentes, constar como suas filhas? O tema continua em estudo. Cf. Richard Blauwhoff e Lisette Frohn, 'International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law', *Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspectives*, Asser Institute, 2016, pp. 211-241.

*1 - Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias».*

A questão nunca se colocou, pelo que não veio a ser objeto de apreciação judicial.

As iniciativas legislativas no sentido de permitir a gestação de substituição assumiram igualmente o *dogma* da incriminação da gestante.

3.2. A maternidade de substituição foi admitida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a título excecional, mas pecando por vagueza o âmbito de permissão do recurso à mesma: nos casos de falta de útero, de malformação do útero, de doença uterina e em «situações clínicas que o justifiquem»<sup>27</sup>. O que por estas se entende (malformações de outros órgãos do aparelho genital, razões psicológicas impeditivas da gravidez), não o esclareceu o legislador.

A diferença legislativa tem implicações no tipo criminal e na sua constitucionalidade<sup>28</sup>.

A incriminação da mulher que contrata gerar uma criança de forma contrária à lei sugere que o seu comportamento é gravemente lesivo<sup>29</sup>. Ela é, nesta perspetiva, uma das protagonistas («autora», nos termos do art.º 26.º do Código Penal), dá origem a um ser humano vulnerabilizado, o que atenta contra os direitos deste último.

E por outro lado, mantendo o princípio da incriminação

---

<sup>27</sup> Assim, o art.º 8.º, 2, da Lei 32/2006, de 22 de julho, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto: «A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, 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».

<sup>28</sup> Sobre a questão Maria Margarida Silva Pereira, “Uma gestação inconstitucional...”, pp. 15-19.

<sup>29</sup> Assim acontece também, a título de exemplo, no Reino Unido e em Itália. Recordase que neste último país, o Anteprojecto Pagliaro contemplou, no capítulo dos crimes contra a dignidade da maternidade, o crime de «contratação para fins procriativos». Tal crime consistia na disponibilização, por uma mulher, do seu corpo para gerar um embrião humano por conta de outra pessoa (art.º 66.º).



da gestante de substituição ilícita, suscita problemas acrescidos.

Entender que a mulher que é gestante de substituição incorrendo em ilicitude pratica um crime desconsidera que o sentido da proibição/regra é justamente proteger incondicionalmente, quer a dignidade da mulher gestante, quer a criança e o seu interesse superior<sup>30</sup>.

3.3. Consideramos que o crime deve, sim, ter como destinatários os demais que, de alguma forma, promovem a gestação de substituição ilícita – pois o que ocorre nessas situações é desconsiderar a dignidade da gestante e favorecer a vinda ao mundo de crianças à partida vulnerabilizadas por um processo de consequências desconhecidas<sup>31</sup>.

3.4. Justifica-se a incriminação do casal comitente, nos casos de procedimento ilícito. A agressão que perpetraram à gestante e à criança a nascer é evidente.

O crime que o contrato consubstancia lesa a dignidade da mãe de substituição, e da criança.

É um crime que, dependendo de um contrato, só pode praticar-se através da atuação de várias pessoas. São estas os

---

<sup>30</sup> Cf. a Convenção dos Direitos da Criança, Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990, art.º 3.º, 1: «Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança». O princípio do superior interesse emerge aqui, constituindo critério de interpretativo de todas as normas relativas aos direitos das crianças.

<sup>31</sup> Um dos aspetos a que o relatório De Sutter atendia era o caso de crianças nascidas por gestação de substituição e depois abandonadas. A ilicitude pode favorecer tais situações: por hipótese, a fuga dos pais de intenção ou a sua recusa em assumir o contrato celebrado.

Lê-se no art.º 39.º, 1: «Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias».

Acrescenta-se que os crimes de apologia, em cujo grupo este se inclui, estão em diáspora, não se tendo garantia da sua eficácia dissuasora das práticas cuja propaganda difundem, e logo, da sua valia político-criminal.

E no n.º 3: «Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias».

comitentes, a gestante (cuja incriminação se considera de afastar, como ficou dito) e eventuais entidades realizadoras dos procedimentos de gestação não autorizados para o efeito.

Deve ter-se em atenção que, de acordo com a lei portuguesa, o crime se consuma logo a partir do momento da celebração contratual, pois a lei socorre-se do vocábulo «concretização». O contrato celebrado representa crime consumado.

3.5. O crime de propaganda de gestação de substituição<sup>32</sup> coloca em causa o perigo de ofensas a virtuais mães de substituição e a crianças que venham a nascer devido a adesão a um procedimento não esclarecido e ponderado pelos destinatários de tal propaganda.

A política criminal adverte para o perigo da representação do espaço público como espaço em que proliferam cidadãos anónimos cuja existência perturba a ordem constituída, que deverão ser observados, e punidos ao mínimo sinal de que podem constituir uma perturbação à sua ordem. A advertência suscita cautela na incriminação dos comportamentos de propaganda. Estes terão relevância criminal apenas na medida em que se mostrem suscetíveis de gerar perigos graves.

Na linha que sustenta a incriminação da propaganda, o argumento legitimador residirá no atentado à ordem pública que o comportamento representa.

Sucedê que a ordem pública representa ancestralmente um bem jurídico-penal de densificação e valia muito discutível. Relacionada na época iluminista com a tranquilidade e segurança, o seu alcance em comportamentos que afrontam sentimentos ou valores dominantes não tem substância identificável. Uma de duas: ou há algo lesado para além da denominada ordem pública, um bem ou direito cuja afronta perturba convicções cidadãs em Estado democrático, e nesse caso, o bem lesado é outro

---

<sup>32</sup> Art.º 39.º, 5: «Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos».

que importa determinar, ou isso não acontece, e a legitimidade incriminadora perde a razão de ser. E sempre que uma ordem jurídica admita a gestação de substituição em algum caso, a hipótese do atentado à ordem pública perde também a coerência que uma identificação puramente formalista ainda lhe poderia, se bem que com enorme tibieza, conferir<sup>33</sup>.

3.6. Do exposto resulta que se deve colocar a lesão que o crime representa nos seus epicentros: a dignidade e a liberdade da mulher que gera<sup>34</sup>, a dignidade e a liberdade da criança gerada.

Confronta-se aqui um tipo incriminador com um bem jurídico da maior complexidade. Como densificar a dignidade como diretamente protegida criminalmente?

A consideração da dignidade humana como bem penalmente protegido tem conotações éticas e presta-se a facilitismos dogmáticos. Todavia, no caso em apreço, a dignidade humana alvo de proteção imbrica com os fundamentos dos direitos humanos, dos direitos das mulheres e das crianças, da sua liberdade e desenvolvimento. É por isso que sufragamos a dignidade como bem jurídico nesta sede.

Gerar uma criança comporta modificações profundas e

---

<sup>33</sup> A lei inglesa incrimina a difusão de propostas de gestação de substituição onerosa, sejam estas provenientes de mulheres candidatas ao procedimento, seja de casais que as procurem. O objetivo é claramente evitar que a *surrogate motherhood* se transforme num negócio com as características que lhe são inerentes nos países em que se permite a exploração das mulheres e a desconsideração pelos direitos das crianças.

Cf. a lei, disponível em

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>

<sup>34</sup> A refutação da dignidade humana como bem jurídico traz à colação, entre muitos outros aspetos, a maternidade de substituição. Tratar-se-ia, afirma-se, de invocar a dignidade humana com propósitos moralistas, aproveitando a sua relevância constitucional como uma espécie de “claim of objectivity”. Adverte nesse sentido N. Hoerster, “Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde”, *Juristische Schulung*, 1983, 93 e ss., que a dignidade não é algo externamente reconhecível, suscetível de servir de medida à tutela penal. Sem prejuízo da verdade imanente á advertência, insistimos em que casos existem em que ela pode ser identificada e reconhecida como o bem jurídico penalmente tutelado; e o caso da dignidade da gestante é sem dúvida um deles.

imponderáveis, tanto no corpo como na mente da gestante. Assim, a despeito da índole casuística da aferição da lesão da dignidade, entendemos que este é um caso específico que anula a linha argumentativa segundo a qual a dignidade humana, como um *passé-partout*, não é um bem jurídico merecedor de tutela penal.

Perante a evidência do uso do corpo humano numa aventura experimental que tem consequências insondáveis, a consideração de um contrato ilícito que não identifique a gestante como vítima ou pelo menos lesada é sem dúvida arredável. E assim, a gestante deve ser penalmente protegida na sua dignidade humana, na sua identidade.

Escreve Laura Nuño Gómez: «...a essencialização da identidade feminina em relação à maternidade possui sequelas psicológicas o emocionais nas gestantes. (...) A rutura do laço afetivo provoca nas gestantes sentimentos de abandono, de mal-estar e complexo de culpa»<sup>35</sup>.

A reconhecida natureza heterogénea da dignidade e as formas diversas de concretização que ela assume e militam em geral no sentido da sua não relevância penal sem a identificação de um outro bem jurídico protegido pela norma incriminadora, soçobra aqui<sup>36</sup>. A tese, que se aceita, da dignidade como conceito a colocar, por princípio, «nas bordas do discurso penal»<sup>37</sup> sofre uma importante inflexão neste caso. Do que se trata, é de uma situação em que de forma inequívoca a pessoa deixaria de ser considerada como um fim em si mesma e antes como objeto de

---

<sup>35</sup> Cf. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política* N.º 55, julio-diciembre, 2016, pág. 692. A autora cita a propósito Berend, Z, “The Romance of Surrogacy” *Sociological Forum*, núm 27 (4), 2012, pp. 913-136, a qual afirma tratar-se de uma forma de oferecer vida que transporta sofrimento.

<sup>36</sup> Sobre a dificuldade da identificação da dignidade humana como bem jurídico cf. ainda Alessandro Tesaro, “Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante”, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2012, pp. 885-951.

<sup>37</sup> *Idem*, pág. 953.

uma relação, porque ilícita, inexoravelmente aleatória<sup>38</sup>.

O núcleo fundamental dos argumentos aduzidos aplica-se ao reconhecimento da dignidade da criança como bem jurídico merecedor de proteção penal.

No caso da gestante de substituição, há que atender a que o processo de gravidez e o parto geram, entre a mulher e a criança, uma relação única, dotada de intimidade e emoções que, variando muito embora em razão da personalidade e dos fatores de ordem física que os podem condicionar, não são antecipáveis, sequer por informação médica<sup>39</sup>. O “consentimento informado”<sup>40</sup> não anula que cada processo de gestação é único e

---

<sup>38</sup> Sobre a questão, apresentando argumentação ampla, cf. G. Resta, *La dignità*, in S. Rodotà - M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, pp. 259 ss., pág. 289.

<sup>39</sup> Lê-se na Declaração de voto do Partido Comunista Português: «Ao contrário das demais técnicas de procriação medicamente assistida previstas no quadro jurídico, a gestação de substituição exige a participação ativa e direta de uma terceira pessoa na gestação, o que exige a avaliação e a ponderação dos seus impactos nas diferentes dimensões. A gestação de substituição tem implicações físicas e psíquicas que não podem ser ignoradas e que exigem uma reflexão acrescida – a intervenção direta de uma terceira pessoa, uma outra mulher que intervém profundamente no processo de gravidez, introduz um conjunto de potenciais conflitos e questões éticas que têm de ser consideradas, não só relativamente à relação entre as pessoas envolvidas na técnica mas também à relação entre as mesmas e a criança gerada.

Suportar uma gravidez durante nove meses é algo que conduz a enormes transformações na mulher e no seu corpo, em que se tecem ligações afectivas e emocionais da grávida com o ser que está a gerar. Na verdade seria profundamente errado considerar que, pelo facto de uma mulher aceder a ter uma gestação de substituição, é como se nada tivesse ocorrido no que a gravidez tem de biológico, psicológico e afectivo.

[...]

O Grupo Parlamentar do PCP vota contra a presente iniciativa não por insensibilidade perante o legítimo desejo de ser mãe, por parte do universo de mulheres a quem esta iniciativa legislativa se destina, mas por considerar que o texto aprovado não reflete a necessidade de ponderação de todas essas implicações nem responde de forma adequada aos problemas identificados».

Disponível em

<http://www.pcp.pt/projeto-de-lei-gestacao-de-substituicao>

<sup>40</sup> Escreve-se no Relatório Final da entidade Reguladora de Saúde sobre o consentimento informado que este tem duas componentes essenciais, a saber, a compreensão e a liberdade, denominada de livre consentimento. E escreve-se a propósito (pág. 3): «A compreensão (enquanto componente ético do consentimento informado) inclui a

possui consequências imprevisíveis. Escreve Carole Pateman que há uma relação essencial entre o “eu” e o “corpo”, que a maternidade de substituição desconsidera, ou aniquila<sup>41</sup>. O consentimento informado pressupõe a possibilidade de esclarecer quem aceita ser submetido a um ato médico acerca dos benefícios e prognósticos que resultam do mesmo. Ora, no caso da gestação de substituição, não há como fazê-lo: seja porque não existe uma doença a tratar, mas uma experiência humana, seja porque, como pura experiência, a avaliação dos riscos que eventualmente comporta não são passíveis de antevisão amadurecida

---

informação e o conhecimento quer da situação clínica, quer das diferentes possibilidades terapêuticas. Implica, por via de regra, o fornecimento de informação adequada sobre o diagnóstico, prognóstico e terapêuticas possíveis com os riscos inerentes, incluindo os efeitos da não realização de qualquer terapêutica. A informação que sustenta a compreensão deve ser fornecida numa linguagem compreensível pelo doente, qualquer que seja o seu nível cultural, incluindo por aqueles que tenham limitações linguísticas ou de natureza cognitiva. A compreensão, tal como definida atrás, é um quesito fundamental para assegurar que existe liberdade no consentimento. O livre consentimento é um acto intencional e voluntário, que autoriza alguém, no caso em apreço o prestador dos cuidados de saúde, quer a título individual quer institucional, a agir de determinada forma no decorrer do acto terapêutico. No contexto da prática médica, é o acto pelo qual um indivíduo, de livre vontade, autoriza uma intervenção médica com potencial efeito na sua vida e/ou qualidade de vida, seja sob a forma de terapêutica seja sob a forma de participação numa investigação». O sentido do consentimento informado, tal qual se revela no texto, não pode ser mais revelador da sua intrínseca inconciliabilidade com o entendimento de que pode dispor uma mulher que aceda a proceder a uma gravidez e a um parto. Há uma especificidade no processo de gestação que exorbita o sentido do consentimento de quem acede ou não acede a um tratamento médico. Não é isso que está em causa aqui, não é o problema do direito à saúde ou a minorar riscos de sofrimento.

Texto disponível em

[https://www.ers.pt/uploads/writer\\_file/document/73/Estudo-CI.pdf](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf)

Cf. a Norma nº 015/2013 de 03/10/2013 atualizada a 04/11/2015 - Consentimento informado, esclarecido e livre dado por escrito.

<sup>41</sup> Cf. *The sexual contract*, Stanford University Press, 1988, pág. 206. Pateman analisa o contrato de gestação de substituição enquanto categoria do contrato sexual, em que o poder masculino prepondera. Isso é sobretudo evidente quando é o membro masculino do casal o dador do material genético, ou ainda, nos casos em que o material genético pertencem a ambos os comitentes, a intervenção de terceira mulher resulta de uma impossibilidade gestacional do cônjuge feminino ou companheira.

e ponderação adequada<sup>42</sup>. *Consentimento informado* sobre o que se vai experimentar e é único e irrepetível, e acima de tudo, não antecipável? *Consentimento informado* sobre a ligação afetiva que porventura se venha a criar com a criança durante a gravidez?

3.7. A questão conduz ao problema de saber em que medida é merecedora de incriminação a maternidade de substituição onerosa.

À primeira vista, tudo justifica que a maternidade de substituição onerosa seja crime, pois compreende uma contrapartida para a gestante, que, tendo uma intenção lucrativa e indiciando por isso desafeto relativamente ao ser que gerou, não manifesta sentido de responsabilidade compatível com a gravidez que assume, o que potencia perigos para o nascituro.

Será a forma correta de colocar o problema?

À conotação “solidária” da maternidade sub-rogada gratuita como forma de garantir um “final feliz” para o casal comitente e para a criança é irrealista.

É certo que se conhecem casos em que assim acontece. Os exemplos mais referenciados a este propósito são os de mulheres ligadas por laços familiares estreitos, ou também por laços de amizade<sup>43</sup>:

Mas nada afasta, como ficou já dito, que a gestação e o

---

<sup>42</sup> Observa a propósito Laura Nuño Gómez: «o consentimento – além de livre – deve ser um ato informado: é necessário que se conheçam as consequências da decisão. Como acontece com a premissa falsa da liberdade de acordo, a informação não tem lugar, porque é impossível que as gestantes conheçam antecipadamente os laços afetivos que desenvolverão com as crianças durante ou depois da gravidez, e não é em vão que este é o principal argumento que invocam as gestantes arrependidas». Cf. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual...”, pág. 690.

<sup>43</sup> E, por outro lado, a identificação de familiares próximas como gestante pode criar na criança, senão mesmo na experiência pessoal de cada uma, sentimentos e reações subsequentes ao nascimento da criança insondáveis, totalmente imprevisíveis no momento da celebração do contrato. Pois a mistura de sentimentos pode não correr a benefício da criança gerada nem da atitude humana da gestação. Não é a vontade imensa de ajuda que desvanece a realidade, pura e dura, de algo que não tem nada a ver com o desejo de ser mãe.

parto determinem apego afetivo intenso da mulher gestante face à criança, independentemente de um interesse material no início. O altruísmo na sub-rogação não confere nenhuma garantia de proteção, quer da gestante, quer da criança.

Dois argumentos poderosos militam no sentido de declinar a incriminação da gestante de substituição que aceitou sê-lo a título oneroso, pesem as razões muito relevantes que determinam a sua consideração ilícita do seu comportamento<sup>44</sup>.

Por um lado, a proteção da mulher gestante não radica nas circunstâncias onerosas ou gratuitas do negócio que celebrou.

Por outro lado, há que atender a que a gratuidade é insuscetível de prova.

No caso da lei portuguesa, impõe-se que sejam contemplados no contrato os montantes das despesas com a gravidez. Ora estas despesas são insuscetíveis de quantificação precisa. É quase impensável que um casal comitente em situação financeira confortável seja indiferente às solicitações materiais de quem gera o seu filho, quando a gestante afirma que disso depende o seu bem-estar e o corresponsivo bem-estar do nascituro.

Este aspeto esbate a relevância social das contrapartidas auferidas e conseqüentemente, impede a determinação de um grau preciso de relevância jurídica máxima à desvalia da compensação financeira, a ponto de permitir determinar a fronteira entre o ilícito de outra natureza (civil) e um eventual ilícito criminal. Este comportamento ilícito não granjeia intensidade necessária para incriminação. Como pode o Direito penal separar

---

<sup>44</sup> O Parecer 63/2012 do CNECV, pág. 8, aponta lapidarmente tais argumentos: «A gestação de substituição merece objecções, dúvidas ou, no mínimo, gera controvérsia relativamente a questões normalmente relacionadas com eventual mercantilização de uma área que se pretenderia imune a lógicas de mercado, exploração e instrumentalização das mulheres, comercialização e coisificação de bebés, degradação ou afectação do valor simbólico da gestação e da maternidade, para além das dificuldades em estabelecer uma regulação adequada das condições que devem enquadrar os respectivos negócios jurídicos em termos que atendam aos vários interesses em presença». É, com efeito, ao perigo da utilização comercial da técnica que se atende.



as águas e garantir o carácter criminoso de um acordo oneroso, aceitando o pressuposto de que a incriminação da maternidade de substituição ilícita protege sempre a gestante?

### § 3.º PARTICULARIDADES DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO QUE DETERMINAM O SEU REGIME JURÍDICO

I. A maternidade de substituição é totalmente diferente de outros procedimentos de procriação medicamente assistida e é duvidoso que a inclusão naquele diploma, como atualmente acontece, contribua para a clarificação da diferença, para a elevação dos direitos das mulheres e das crianças envolvidas no ato e no sentido e medida em que o devem ser.

Não é o mesmo tratar infertilidade ou doar material genético para procriação, de modo a que a fecundação ocorra, e gerar uma criança para não exercer a maternidade.

Pois autónoma deve ser a lei que identifica os processos de procriação que sempre envolvem a gestação não mais acessível ou natural, a gestação por um casal que acede à mesma sem interferência de ajuda médica ou de material genético alheio. Nestes casos, o legislador confronta-se com um casal ou pessoas isoladas (a lei permite hoje que acedam à procriação medicamente assistida mulheres<sup>45</sup>), que decidem procriar e realizam a procriação de modo parental.

II. Na gestação de substituição o paradigma altera-se de modo fundamental. A mãe jurídica não tem qualquer envolvimento no processo procriativo, não o experimenta, dando-se uma espécie de transformação mimética da maternidade quando a lei vem considerar que ela é *mãe* da criança. Isto é sobretudo evidente naqueles casos em que a mãe jurídica não contribui

---

<sup>45</sup> Afirmou-se *supra*, nota 3, que à procriação medicamente assistida têm acesso as mulheres, independentemente de diagnóstico de infertilidade ou de doença que ponha em risco a sua saúde ou a saúde da criança.

com o seu material genético para o procedimento.

O legislador recorre a uma ficção<sup>46</sup> no epicentro da própria essencialidade física e psíquica da mulher que gera: admite que o decurso da gravidez e do parto podem dissociar-se da maternidade e convolar-se em algo diferente, atípico, que na experiência antropológica e na possibilidade de valoração da pessoa humana arrisca transformar a *gestante* num ser que pontualmente não é tratado como um ser humano, a menos que se tenham cautelas legislativas muito apertadas.

#### § 4.º CRITÉRIOS BÁSICOS PARA A ESTRUTURAÇÃO NORMATIVA DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO RESPEITADORA DOS DIREITOS DE GÉNERO E DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS

I. Existindo, como é o caso, a possibilidade médica de realizar o procedimento, há que atender a uma sua densificação jurídica tão rigorosamente respeitadora dos direitos envolvidos quanto possível.

1. Ela supõe, em primeiro lugar, a *determinação clara* dos pressupostos que fundamentam o recurso à técnica. A lei deverá articular-se com as situações em que admite a procriação medicamente assistida. Se esta é legitimada como meio subsidiário, nos termos do art.º 3.º, 2, da Lei nº 32/2006, de 26 de julho, com a redação dada pela Lei n.º 17/2016, de 22 de junho, «A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças

---

<sup>46</sup> A finalidade da ficção é atribuir o significado de uma norma a um caso novo. Cf. Ernst Rudorlf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*. Erster Band, 1894, Scientia, Aalen, 1961, pág. 102. O problema da legitimidade das ficções é por vezes complexo. No caso da diferenciação entre gestante e mãe jurídica, a própria evolução legislativa lei favoreceu o carácter fraco, precário, da dicotomia, logo no momento em que imputou inicialmente a maternidade à gestante, sempre que o contrato fosse ilícito e alterou posteriormente a imputação, sem qualquer menção explicativa.

de origem genética, infecciosa ou outras». Por coerência, justifica-se que os pressupostos sejam comuns aos da maternidade de substituição. Esta é permitida a casais; tal significa que não tenha aqui lugar a aplicação do n.º 3 do mesmo preceito, de acordo com o qual «as técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade», ou seja, prescindindo do caráter subsidiário.

É desejável e cremos, constitucionalmente requerido, que o legislador evite absolutamente que os fundamentos de recurso à gestação de substituição assentem num perfil que debilidade feminina. Isto já não acontece no acesso à procriação medicamente assistida e a lei releva de incoerência com os princípios que informam aquela outra. Não poder ter filhos não é deficiência e não deve o Direito permitir-se sugestões normativas que favoreçam um paradigma de menoridade das mulheres inférteis. Permitir o acesso à gestação de substituição naqueles casos estritos em que se identifica uma certa privação ou malformação orgânica, ou doença do órgão da gestação é afirmar implicitamente que uma mulher desprovida desse órgão tem um direito superior de aceder à maternidade de substituição. Ora, a lei não exige que esta mulher forneça o seu material genético, nem sequer que o possua, já que a criança pode ser gerada com o material do seu companheiro ou da sua companheira. O perfil legal optou por identificar uma situação clínica especialmente ilustrativa de doença, que objetivamente suscita sentimentos de solidariedade. Mas o fundamento da lei da gestação de substituição não é a solidariedade, e muito menos a piedade; será o acesso à parentalidade por um casal com a possibilidade de a criança ser filha biológica de pelo menos um dos seus membros. Se assim acontece, não há motivo para a confinar a razões impositivas de o membro feminino do casal gerar. Singrar por este caminho, como faz a lei atual, significa devassar a sua intimidade<sup>47</sup>. Se

---

<sup>47</sup> Recordamos a propósito que o art.º 1636.º do Código Civil omite, e corretamente, desde a Reforma de 1977, as situações que configuram erro sobre qualidades

dúvidas existissem de que assim acontece, anular-se-iam pelas piores razões: são do conhecimento público os motivos que levaram, desde a entrada em vigor da lei, mulheres a solicitarem a gestação de substituição.

2. O acesso a casais dissocia-se da admissão, pela lei atual, da procriação medicamente assistida a mulheres. O legislador não esclareceu as razões que assim o determinaram. Por outro lado, veda o acesso a casais homossexuais, uma vez que o fundamento do recurso à gestação de substituição radica numa impossibilidade de proceder à gestação, uma impossibilidade feminina. Há motivo para esta discrepância?<sup>48</sup> Existe coerência entre este regime e a abertura de acesso á procriação medicamente assistida, tal como à adoção, por casais homossexuais? Importa que um debate intenso seja promovido sobre a solução preconizada neste domínio.

3. O contrato celebrado não deve, como resulta do exposto, como deixar de *ver os seus efeitos dependerem de decisão posterior ao parto* e de uma consideração rigorosa dos interesses e direitos de todas as pessoas envolvidas, *maxime*, do superior interesse da criança gerada e do interesse da mãe gestante em não renunciar à maternidade.

A determinação do prazo de reflexão pode ter como

---

essenciais da pessoa do cônjuge como fundamento de invalidade de casamento. O erro sobre a infertilidade, porque incide sobre aspeto da esfera íntima, não deverá ser sindicado judicialmente: o tribunal é incompetente para o conhecer, tal como sucede com o erro sobre a virgindade.

O problema não foi colocado aos tribunais do Estado português, mas sobre ele recaiu uma decisão interessante e muito relevante do tribunal de Douai, em recurso de decisão proferida pelo tribunal de Lille. Cf. Maria Margarida Silva Pereira e Rui Soares Pereira, *Memória e Presente de Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, pp. 286 e ss.

<sup>48</sup> Tem-se em atenção que os fundamentos do acesso à gestação de substituição radicam, nos termos da Lei 25/2016, em deficiências ou doenças do órgão de gestação, o que sugere conotações com deficiência e também, a identificação do processo de maternidade um biologismo que as neurociências declinam. Está subjacente à solução legislativa uma conceção da gestação de substituição como paliativo para dirimir deficiências femininas e realidade exclusivamente biológica: uma opção certamente bem-intencionada, mas profundamente atentatória da dignidade feminina, dos direitos de género.

referente o prazo legalmente imposto à mãe para decidir dar uma criança para adoção, seis meses. É certo que, havendo lugar a decisão judicial, como defendemos, a entrega da criança ao casal comitente virá a ocorrer mais tarde. Não se vislumbra, pois, que o sistema tenha como ser muito ágil. Mas este será um mal menor e minimizável desde que o legislador proporcione, como será pertinente, contactos entre os comitentes e a criança até que ocorra a decisão.

Creemos que este é o ponto fulcral da dogmática da maternidade de substituição. Pois sobretudo relevante, do ponto de vista de uma lei democrática (e nunca se frisa em excesso que só o é uma lei que tão rigorosamente quanto possível acautele os Direitos Humanos, no caso, os direitos de género e os direitos das crianças) será: i) assumir que a mulher que gera, pela relação que experimentou, deve ser considerada, *prima facie*, do ponto de vista jurídico, a mãe, competindo que conste como tal do registo de maternidade; ii) Que lhe seja conferido prazo de reflexão para tomar a decisão de entrega da criança gerada; iii) garantir, tanto quanto possível, que a sua decisão de entrega da criança é livre e esclarecida e corresponde igualmente ao superior interesse da criança.

É a construção jurídica preconizada próxima da construção jurídica da adoção? Sem dúvida que sim, no ponto essencial em que a lei da adoção tem a virtude de acautelar os direitos fundamentais das mulheres e das crianças. E sobretudo isso importa, em matéria tão sensível.

4. A questão que acaba de ser referida remete para outro ponto. A maternidade de substituição pressupõe uma visão moderna, ou pós-moderna, da família, a vários níveis. Não só no que respeita à técnica de procriação. Igualmente isso acontece no que concerne ao reconhecimento de que é um processo com características que enfrentam a multiparentalidade. A mãe de substituição que abdica da maternidade em prol dos comitentes não deve ser uma pessoa ser desconhecida, diluída no anonimato

após o nascimento que determinou. Deve ser admitida pela lei como um *familiar próximo*. Os seus direitos de visita à criança devem ser reconhecidos na razão direta do afeto que por ela manifeste e da aferição do interesse da criança. De outro modo, estar-se-á a admitir uma presunção de gestante ausente, indiferente ao ser humano que gerou: uma gestante inidónea, afinal.

5. Sendo o altruísmo legalmente imposto insondável e a gratuidade praticamente insuscetível de prova, a lei deverá muito menos centrar-se na sua estrita imposição e determinar, isso sim, com rigor, os gastos e os lucros cessantes que advenham da gestação de substituição<sup>49</sup>. Deverão ser ponderadas perdas profissionais<sup>50</sup>. Não se entende que o mesmo legislador que impõe a compensação a um membro do casal que renuncia consideravelmente a ganhos profissionais e materiais em geral em

---

<sup>49</sup> Sintetiza Luigi Ferrajoli: «Em meu entender, o princípio moral segundo o qual nenhuma pessoa pode ser usada como instrumento para fins alheios e, por outro lado, o princípio jurídico que veda a disposição e comercialização do próprio corpo impedem, com o objetivo de tutelar a dignidade da mulher que suporta o peso da gestação, aplicar a um acordo deste teor a lógica do contrato; não só sob a forma de pagamento do chamado ‘útero de aluguer’ mas também relativamente a implicações como, por exemplo, as que poderiam resultar da execução forçada. Cf. “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, pág. 10.

Disponível em

<http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/Lacuestion-delembri%F3nentredechoymoral.pdf>

<sup>50</sup> Choca clamorosamente que um contrato de gestação de substituição celebrado com uma jovem mulher não atenda, no cômputo das perdas que esta possa sofrer, ao tempo de progressão profissional, de formação académica, necessariamente arredados durante a gravidez e mesmo depois dela. Como distorce a realidade admitir que a gestante beneficie, após o parto, do tempo de licença atribuído a quem abortou. Assim, porém, o Decreto regulamentar:

«Artigo 6.º

Regime de proteção de parentalidade

1 - No que respeita ao casal beneficiário, o parto da gestante de substituição é considerado como seu para efeitos de licença parental, no âmbito da aplicação do regime de proteção de parentalidade.

2 - No que respeita à gestante de substituição, o seu parto beneficia de regime equivalente ao previsto para situação de interrupção da gravidez, no âmbito da aplicação do regime de proteção de parentalidade».

prol da família<sup>51</sup> os não tenha em consideração quando se trata de uma renúncia em prol da constituição de família de terceiros.

Acresce que, ao admitir que uma jovem mulher aceite ser mãe de substituição, há que ter o realismo de olhar, não só o momento da gestação e o tempo imediatamente posterior, mas toda a progressão da vida. As crianças não são geradas em corpo feminino como *deus ex machina*. A gestação, sem dúvida uma experiência sempre única, tem por isso mesmo consequências. E no percurso de quem se promove socialmente, estas consequências incidem sobre as oportunidades profissionais. Gerar um filho foi em Portugal, até há bem pouco tempo, fonte de discriminação no acesso ao mercado de trabalho. São rigorosas as imposições aos empregadores para que não discriminem mulheres em razão de gravidez. Como evitar que uma mulher conheça dificuldades profissionais porque aceitou ser gestante de substituição, num país que consabidamente tem uma população envelhecida, justamente porque as mulheres abdicam de ter mais filhos, tendo em conta os prejuízos de carreira que isso comporta?

Não vale argumentar que tais dificuldades profissionais e conseqüentemente financeiras ocorrem apenas a jusante do parto. O tempo da gestação pode não ser fácil, ou sequer compatível com laboração intensa e produtiva. E isto reflete-se nas carreiras, como no acesso ao conhecimento, que determinam a emancipação feminina, ainda hoje, a duras penas, filha de um Deus menor.

## § 5.º. NOTA FINAL

### I. A promoção dos direitos das mulheres, que as leis

---

<sup>51</sup> Assim, o art.º 1676.º, 2, do Código civil: «2 - Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação».

assumem nos países democráticos, não pode ignorar que há uma fronteira essencial entre o que se legisla acerca de tal promoção na esfera pública e a legislação que recai sobre aspetos da estrita vida privada. O princípio da igualdade das mulheres e dos homens, o princípio da não discriminação, as suas consequências na esfera profissional e sobretudo na esfera política, onde a simbólica tem uma projeção muito relevante, para além de cumprir a justiça, possui relevância pedagógica, prática e liderante. E a afirmação dos mesmos princípios no Direito da família corre a benefício do estatuto das mulheres. Trata-se, em todos estes domínios, de acentuar ou possibilitar dignidade e prestígio, na senda da paridade na esfera social.

II. Quando se atende à maternidade de substituição, constata-se que, ao tutelar-lhe o acesso, posto que tal contribua para a realização da personalidade e para o seu desenvolvimento, se promove incontornavelmente e de forma sibilina e certamente indesejada, senão injusta, o preconceito ancestral de que nada, ou muito pouco, resta a uma mulher, entre o céu e a terra, do que a maternidade como destino...

E é sobretudo importante não esquecer que, por cada mulher que granjeia um benefício parental através da gestação de substituição haverá, de acordo com a dura verdade que as estatísticas exprimem, uma mulher em risco de perda de oportunidades profissionais, de oportunidades sociais em geral, ainda tão difíceis. De oportunidades que movem uma enorme, e reconhecidamente justa, luta social e política das mulheres em todo o mundo. Todos os cuidados legislativos se convocam, portanto.