

A INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: SUBSÍDIOS DO DIREITO PORTUGÊS PARA O BRASILEIRO

Patricia Ferreira Rocha*

Resumo: A vida humana é o bem jurídico a partir do qual se irradiam todos os demais valores constitucionalmente protegidos, sendo tutelada desde o instante da concepção. Neste sentido, a legislação criminal pune a conduta daquele que promove a interrupção voluntária do curso de uma gravidez, com a consequente morte do embrião ou do feto, estando tipificada nos arts. 124 a 126 do Código Penal brasileiro e no art. 140 do Código Penal português. Não obstante, tanto na legislação brasileira quanto na portuguesa, o legislador estabeleceu causas de exclusão de ilicitude, permitindo, em determinadas circunstâncias, a supressão da vida do nascituro. Acontece que, os avanços da biotecnologia reprodutiva acabaram por dissociar a sexualidade, a reprodução e a parentalidade, permitindo que uma mulher possa gerar um filho em favor de outrem, a partir do estabelecimento de uma relação obrigacional, ainda que desprovida de caráter comercial ou lucrativo. Neste contexto, é imperioso analisar a eventual limitação ao exercício da autonomia privada da gestante de substituição quanto à decisão de interromper voluntariamente a gravidez, na medida em que isso importará em descumprimento do compromisso assumido de levar a bom termo a gestação e entregar, após o parto, a criança gestada aos autores do projeto parental, utilizando-se, para tanto, o regramento da matéria no Direito português com vistas a fornecer subsídios para eventuais conflitos no Brasil.

* Doutoranda na Universidade do Minho. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito de Família e Sucessões na Faculdade Cesmac do Agreste e do Sertão, Alagoas/BR.

Palavras-Chave: Interrupção da gravidez. Gestação de substituição. Vinculação contratual. Autonomia da gestante.

Sumário: Introdução. 1 Breves considerações sobre a tipificação penal do aborto. 2 As hipóteses de licitude da interrupção voluntária da gravidez em Portugal e no Brasil. 3 A interrupção voluntária da gravidez na gestação de substituição. Conclusão

INTRODUÇÃO



em que pese não competir ao Direito definir o momento do início da vida do ser humano ou de sua individualidade, a legislação tutela como um direito fundamental a garantia a uma vida digna, razão pela qual se mostra necessário estabelecer a partir de qual momento do ciclo vital o sistema jurídico decide dar ao ente biológico o *status* de nascituro, bem como criar meios e instrumentos a fim de lhe assegurar todos os direitos advindos desta condição, inclusive no que diz respeito à proteção contra o aborto.

O aborto é definido como a interrupção de uma gravidez resultante da remoção do feto ou embrião antes de este ter a capacidade de sobreviver fora do útero e, quando provocado intencionalmente pela própria gestante ou por terceiro, com ou sem seu consentimento, tal conduta é passível de responsabilização na esfera criminal, nos termos dos arts. 124 a 126 do Código Penal brasileiro e no art. 140 do Código Penal português.

Acontece que, mesmo o direito à vida não é absoluto, razão pela qual a própria legislação criminal prevê determinadas circunstâncias em que a interrupção voluntária da gravidez não será considerada uma conduta antijurídica. Neste sentido, o direito brasileiro reconhece a possibilidade de realização do aborto necessário e aborto do humanitário, de acordo com o art. 128 do

Código Penal, além do aborto de feto anencéfalo, segundo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2012. Já o Direito português dispõe de um rol de hipóteses permissivas mais amplo, que se encontra disposto no art. 142º do seu Código Penal, validando um modelo de prazos com aconselhamento não dissuasivo e período de reflexão, que busca promover a proteção da vida intrauterina compatibilizando-a, conforme a progressão da gravidez, com a autonomia reprodutiva das mulheres.

Interessante questão se coloca quando pensamos no exercício do “direito ao aborto” na esfera da gestação de substituição, na medida em que a gestante assumiu o compromisso de gerar um filho por conta e em favor de outrem e, após o nascimento, entregar a criança gerada aos beneficiários do procedimento. Se na gestação de substituição o projeto parental em curso não é próprio da mulher grávida, isso poderia lhe retirar a autonomia reprodutiva no que diz respeito ao direito de promover a interrupção voluntária da gravidez nos casos e condições admitidas por lei?

Tendo em vista que a gestação de substituição carece de regulamentação jurídica no Direito brasileiro, sendo comum a utilização da Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina como parâmetro na disciplina do tema, em que pese ser apenas uma norma de deontologia, este artigo trouxe como referencial a experiência legislativa e jurisprudencial de Portugal sobre a matéria, visando a auxiliar o intérprete brasileiro na solução dos possíveis conflitos gerados pela subsunção da técnica no território nacional.

Com o escopo de se chegar ao resultado esperado, que reflita a temática abordada, a metodologia adotada será, quanto à natureza, básica, pois objetiva gerar conhecimentos novos e úteis para o avanço da ciência jurídica. Quanto à abordagem do problema, será qualitativa, já que preocupada com aspectos da

realidade que não podem ser quantificados. Com relação ao procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica, utilizando livros e artigos jurídicos publicados em meios convencionais e eletrônicos, além dos dispositivos legais em vigor sobre a matéria no Brasil e em Portugal, assim como referenciais da jurisprudência brasileira e portuguesa.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TIPIFICAÇÃO PENAL DO ABORTO

O direito à vida se encontra consagrado na Constituição Federal do Brasil, no extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos, enunciado no *caput* do art. 5º, enquanto que a Constituição portuguesa assegura sua inviolabilidade no art. 24, 1 do capítulo sobre direitos, liberdades e garantias pessoais. Sobre este direito, aduz André Estefam que “Do ponto de vista biológico, sem a vida não teríamos existência e, sem esta, não haverá direitos a serem tutelados (ou deveres a serem cumpridos). A vida é, pois, o centro de irradiação de todo e qualquer direito”.¹

Oportuno destacar, ainda, que o Pacto de San José da Costa Rica declara, em seu art. 1º, que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, *desde o momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (*grifo nosso*). Vislumbra-se, pois, que a vida humana deve ser preservada desde a sua fase intrauterina, momento em que o próprio organismo do indivíduo ainda está em processo de desenvolvimento, sendo vedada, a princípio, a interrupção da gravidez.

Neste sentido, tanto a legislação penal brasileira quanto a portuguesa tipificam como ilícita a conduta de promover o aborto, compreendido, em seu sentido etimológico como a

¹ A. Estefam. *Direito Penal 2 – parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book sem paginação).

privação de nascimento, advindo da partícula *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento.² Ensina Núbia Alves que o “crime de aborto é conceituado como a interrupção intencional do processo fisiológico da gravidez, levada a cabo por meios naturais ou artificiais e tendo como resultado a morte do concepto, seja no ventre materno ou fora dele”³. O aborto, portanto, consiste na eliminação voluntária da vida intrauterina, o que pressupõe uma gravidez em curso, independente da posterior expulsão do embrião ou do feto.

Advirta-se que a legislação não faz distinção entre o óvulo fecundado, compreendido como o produto da fertilização dos gametas sexuais masculino e feminino nas três primeiras semanas de gestação, o embrião, segundo estágio de desenvolvimento do ser humano e que perdura até o terceiro mês de gestação, ou feto, produto da concepção a partir do terceiro mês até o nascimento, restando, pois, configurado o crime de aborto em qualquer fase da gravidez, entre a concepção e o início do parto⁴. Após iniciado o parto, contudo, esclarece Cezar Roberto Bittencourt que “a supressão da vida constitui homicídio, salvo se ocorrerem as especiais circunstâncias que caracterizam o infanticídio, que é uma figura privilegiada do homicídio”⁵, com previsão no art. 123 do Código Penal brasileiro⁶ e no art. 136º do

² D. Jesus. *Direito Penal 2 – parte especial*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (e-book sem paginação).

³ N. N. Alves. Entre a mulher e o feto considerações sobre a (des)criminalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. In: *Revista de ciências jurídicas da UNIME, Lauro de Freitas*. Ano 5, vol. 1, 2013, p.24. Disponível em: https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MULHER_E_O_FETO_CONSIDERAÇÕES SOBRE A DES CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL

⁴ F. Capez. *Curso de direito penal 2 – parte especial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book sem paginação).

⁵ C. R. Bittencourt. *Tratado de direito penal, vol 2: parte especial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book sem paginação).

⁶ Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.

Código Penal português⁷. Mas, além de pressupor a existência de uma gravidez, para caracterização do crime de aborto é indispensável que o produto da concepção esteja vivo.

A matéria se encontra assim disciplinada no direito brasileiro:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Com semelhante previsão, o Código Penal português tipifica a conduta abortiva nos seguintes termos:

Artigo 140.º

1 - Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

2 - Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até 3 anos.

3 - A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos.

Denota-se que o bem jurídico tutelado nos citados dispositivos é a vida do ser humano em formação, punindo-se a conduta “em nome da frustração da potencial expectativa de surgimento de uma pessoa”, a quem se atribui “um direito autônomo a nascer, completamente desvinculado do direito que tem a mãe de trazê-lo ao mundo”,⁸ podendo alcançar também, a depender

⁷ *Artigo 136.º* A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos.

⁸ N. N. Alves. Entre a mulher e o feto considerações sobre a (des)criminalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. In: *Revista de ciências jurídicas da UNIME, Lauro de Freitas*. Ano 5, vol. 1, 2013, p.24-25. Disponível em:

das circunstâncias em que se der o aborto, o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante, configurando circunstância agravante do delito eventual morte ou ofensa grave à integridade física grave da mulher grávida.⁹

Imperioso ressaltar que esta figura típica somente admite a forma dolosa, seja através de uma vontade livre e consciente de interromper a gravidez, causando a morte do produto da concepção, ou de simples assunção do risco deste resultado. Desta forma, não se admite o aborto culposo, razão pela qual eventual conduta imprudente ou negligente da mulher grávida que acarreta a eliminação da vida intrauterina acaba por constituir fato atípico¹⁰.

Caracteriza-se ainda o aborto por ser um crime de forma livre, razão pela qual pode ser cometido por qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, que cause como resultado a descontinuidade do processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do produto da concepção.

Não obstante, tanto na legislação brasileira quanto na portuguesa, o legislador estabeleceu causas de exclusão de ilicitude, permitindo, em determinadas circunstâncias, a supressão da vida do nascituro, as quais passaremos a analisar.

https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MULHER_E_O_FETO_CONSIDERA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_A_DES_CRIMINALIZA%C3%87%C3%83O_DA_INTERRUP%C3%87%C3%83O_VOLUNT%C3%81RIA_DA_GRAVIDEZ_NO_BRASIL

⁹ Prevê o Código Penal português, no art. 141.º, a hipótese de aborto agravado: “1 - Quando do aborto ou dos meios empregados resultar a morte ou uma ofensa à integridade física grave da mulher grávida, os limites da pena aplicável àquele que a fizer abortar são aumentados de um terço. 2 - A agravação é igualmente aplicável ao agente que se dedicar habitualmente à prática de aborto punível nos termos dos n.os 1 ou 2 do artigo anterior ou o realizar com intenção lucrativa”. Já o Código Penal brasileiro, em seu art. 127, estabelece que “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”.

¹⁰ F. Capez. *Curso de direito penal 2 – parte especial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book sem paginação).

2. AS HIPÓTESES DE LICITUDE DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ EM PORTUGAL E NO BRASIL

O Código Penal brasileiro e o português utilizam praticamente a mesma expressão para indicar a ausência de punibilidade de determinadas condutas que provocam a interrupção voluntária da gravidez, fazendo com que estas sejam consideradas fatos lícitos. Vejamos o que prescreve a legislação brasileira:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A primeira hipótese trata do aborto necessário ou terapêutico, realizado quando a gestante estiver correndo perigo de vida e não existir outro meio para salvá-la. Este risco, frise-se, deve ser suficiente para colocar em risco de vida a mulher grávida, e não apenas a sua saúde, ainda que não se exija o requisito da sua atualidade. Neste sentido, ensina André Estefam que “o aborto necessário se divide em terapêutico e profilático. No primeiro caso, o risco à vida é atual e, no segundo, iminente (age-se preventivamente)”. Nesta situação, a concordância da gestante ou de seu representante legal é dispensável ante o estado de necessidade, o que é confirmado pelo art. 146, § 1º, I do Código Penal, que autoriza a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por “iminente perigo de vida”.

A segunda hipótese diz respeito ao chamado aborto humanitário ou sentimental, quando a gravidez é resultante de um ato de violência sexual, na medida em que forçar a manutenção da gestação poderia configurar um novo ato atentatório à integridade da mulher, desta vez psicológica. Aqui a legislação exige expressamente o prévio consentimento da gestante ou do seu representante legal, mas esclarece Fernando Capez que não é necessária “autorização judicial, processo judicial ou sentença

condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática do aborto sentimental”, sendo suficiente uma prova idônea do atentado sexual. Ademais, não se impõe qualquer restrição temporal para que a gestante que foi estuprada opte pela decisão de abortar.

Além dessas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2012, decidiu por maioria de votos, julgar procedente o pedido de inconstitucionalidade acerca da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no art. 124 do Código Penal, sendo suficiente o diagnóstico efetuado por profissional habilitado, nos termos da Resolução nº 1.989 de 2012 do Conselho Federal de Medicina para se promover a antecipação terapêutica do parto. Explica Fernando Capez que “A anencefalia é caracterizada pela má formação do tubo neural, estando ausentes, portanto, o encéfalo e a calota craniana, o que leva à morte do recém-nascido, em razão de absoluta impossibilidade de vida independente. Nesses casos, inexistente atividade cerebral”¹¹. Diante deste quadro, ratifica André Estefam que a interrupção da gestação não configura aborto, porque “a ausência de atividade cerebral leva à conclusão de que o objeto material não detém vida”¹² e o aborto implica, necessariamente, a eliminação da vida intrauterina.

Ainda sobre o assunto, Cezar Roberto Bittencourt faz um comparativo entre a anencefalia e a morte encefálica, usando como referência a Lei nº 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante. Segundo o autor:

O entendimento do legislador brasileiro, não há dúvida alguma, seguindo a evolução médico-científica, reconhece que a “morte cerebral” põe termo à vida humana. Ora, se a “morte cerebral”

¹¹ F. Capez. *Curso de direito penal 2 – parte especial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book sem paginação).

¹² A. Estefam. *Direito Penal 2 – parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book sem paginação).

significa a morte, ou, se preferirem, ausência de vida humana, a ponto de autorizar o “esquartejamento médico” para fins científico-humanitários, o que se poderá dizer de um feto que, comprovado pelos médicos, nem cérebro tem?¹³

Um novo capítulo na seara do aborto no Brasil vem se desenvolvendo desde março de 2017, com a proposição da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que busca a descriminalização da interrupção induzida e voluntária da gestação realizada nas primeiras 12 (doze) semanas, sob o argumento de sua incompatibilidade com a dignidade da pessoa humana e cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, assim como por entender que a manutenção da figura típica nessa situação viola os direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar. A ação ainda se encontra pendente de julgamento, mas existe precedente, proveniente de um julgado da 1ª Turma da Corte Superior no Habeas Corpus nº 124.306/RJ, de novembro de 2016, no qual três dos onze ministros já se mostraram favoráveis à recepção da referida tese.

O Direito português, por sua vez, é mais abrangente quanto às hipóteses permissivas de interrupção voluntária da gestação, tendo tal rol sido ampliado por meio da Lei nº 16/2007, de 17 de Abril. Vejamos:

Artigo 142.º

Interrupção da gravidez não punível

1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

¹³ C. R. Bittencourt. *Tratado de direito penal, vol 2: parte especial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book sem paginação).

- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
- d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.
- e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

Enquanto o Direito brasileiro apenas autoriza o aborto necessário em caso de risco de vida à gestante, a legislação portuguesa permite a interrupção voluntária da gestação também em caso de grave e irremediável ou duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, seja a eliminação da vida intrauterina a única forma de suplantar o risco ou, independente deste, seja realizada nas primeiras doze semanas de gravidez. Por sua vez, no que diz respeito ao aborto humanitário, o Código português impõe limite temporal, determinando que o aborto seja realizado nas dezesseis primeiras semanas de gestação.

O citado dispositivo ainda contempla o chamado aborto eugênico, que autoriza a interrupção da gravidez quando se puder presumir que o feto nascerá, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, desde realizada nas primeiras vinte e quatro primeiras semanas de gravidez, ressalvando, contudo, as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção não estará sujeita a limite temporal.

Sobre estas hipóteses, o Tribunal Constitucional português, no julgamento do Acórdão nº 25/1984, optou por afirmar que o valor objetivo da vida intrauterina poderia ser sacrificado quando em conflito com os direitos fundamentais das mulheres grávidas à vida, à saúde, à reputação, à dignidade e à

maternidade consciente, compatibilizando-o com a sua autonomia reprodutiva e projeto de vida. O Tribunal ainda consignou que não havia obrigação constitucional de proteger o nascituro por meio do Direito Penal, podendo a sua proteção sofrer variações conforme as diferentes fases da gravidez.

Finalmente, a legislação portuguesa ainda permite o aborto por livre decisão da mulher, afastando o “dever naturalizado das mulheres como mães”¹⁴, exigindo-se apenas que esta vontade seja manifestada no prazo de até dez semanas de gravidez. Em outra decisão, desta vez no Acórdão nº 75/2010, o Tribunal Constitucional de Portugal se referiu à relação entre a mulher grávida com o nascituro como uma “dualidade dentro da unidade”, na medida em que não permanece estática durante toda a gravidez. Para esta Corte, durante as primeiras semanas a mulher e o nascituro são uma unidade, entretanto, ao passo que a gravidez avança a dualidade surge, razão pela qual reconheceu que o legislador tem permissão para levar em conta a relevância da passagem do tempo na realidade existencial do feto.

De acordo com o Código Penal português, a verificação das circunstâncias relativas ao risco de vida, à integridade física ou psíquica e à violência sexual sofrida pela gestante, bem como acerca da viabilidade do feto ou do tempo de gestação que tornam não punível a interrupção da gravidez deve ser certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção, por profissional distinto daquele que será responsável pelo procedimento.

É necessário, ainda, o consentimento livre e esclarecido prestado pela mulher grávida ou por seu representante legal, após aconselhamento obrigatório e um período de reflexão anterior à intervenção. Este aconselhamento obrigatório não busca a dissuasão explícita da gestante, mas apenas seu aconselhamento sobre as circunstâncias em que o aborto poderia ser realizado e

¹⁴ R. Rubio-Marín. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. In: *Revista Direito GV*, vol. 13, n. 1. São Paulo, jan-abr 2017, p. 358.

os possíveis efeitos sobre a saúde, bem como sobre a assistência prestada pelo Estado tanto para a interrupção da gravidez como para a maternidade e, finalmente, a opção usufruir de apoio psicológico financiado pelo Estado e apoio de um(a) assistente social especializado durante o período de reflexão obrigatória. O consentimento, contudo, pode ser dispensado, quando não for possível obtê-lo nos termos prescritos na legislação e a efetivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, caso em que o médico decidirá em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

Cabe indagar, por sua vez, se o fato de a gestante de substituição estar gerando um filho em favor de outrem poderia lhe retirar a autonomia reprodutiva no que diz respeito ao direito de promover a interrupção voluntária da gravidez nos casos e condições admitidas por lei.

3. A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

O advento das técnicas de procriação medicamente assistida promoveu a dissociação entre a reprodução e a sexualidade, fazendo com que o ato sexual heterossexual deixasse de ser essencial para a geração de um filho e o desejo referente à construção de um projeto parental passasse a ser concretizado também por meio de intervenção médico-laboratorial. A procriação medicamente assistida acabou, portanto, multiplicando as possibilidades de reprodução das pessoas, na medida em que permitiu suplantar os problemas de infertilidade e esterilidade de homens e/ou mulheres.

Neste cenário, surgiu a gestação de substituição, procedimento pelo qual uma mulher se dispõe a gerar no seu ventre um filho em favor de outrem, comprometendo-se, após o parto, a entregar a criança gestada a esta pessoa ou casal, que assumirá

as responsabilidades parentais e sua respectiva maternidade e/ou paternidade.

Ao contrário do ordenamento jurídico brasileiro, Portugal dispõe de legislação específica para disciplinar a matéria, a Lei nº 32/2006 de 26 de julho, com as alterações promovidas pela Lei nº 25/2016 de 25 de agosto, mas que acabou perdendo grande parte de sua eficácia com a declaração de inconstitucionalidade de vários dos seus dispositivos pelos Acórdãos nº 225/2018 e nº 465/2019 do Tribunal Constitucional português, exceto para os contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução, ou seja, aqueles cujos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida já tivessem sido iniciados.

Não obstante, pode-se extrair da citada lei o conceito de gestação de substituição, entendida como “qualquer situação em que uma 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”. Resta claro, pois, que a gestação de substituição acabou por tirar da gestante a sua indissociável função materna, fragmentando-a nos seus aspectos genético, gestacional e social.

Neste aspecto, a Lei nº 32/2006 de 26 de julho, exige que o recurso aos gametas para fertilização do embrião que dará origem a este filho deverá ser “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”. Em outras palavras, a gestante deve funcionar, exclusivamente, como uma “incubadora viva”, na medida em que não será responsável pelo aporte do material biológico que dará origem ao embrião que será no seu corpo implantado e nem tampouco assumirá a responsabilidade parental em relação à criança gestada.

Desta forma, a disciplina jurídica da matéria no Direito português permite reconhecer que a gestação de substituição

constitui uma modalidade atípica do contrato de prestação de serviço, qual seja, o contrato de geração de filho, implicando, inicialmente, uma obrigação de fazer, consubstanciada na submissão de uma mulher a um procedimento de procriação medicamente assistida a fim de suportar uma gravidez em favor de outrem, sem retribuição, para, em seguida, realizar uma obrigação de dar, já que a gestante se compromete a entregar a criança assim gerada aos autores do projeto parental em execução¹⁵.

Observe-se, contudo, que a mesma legislação determina que os negócios jurídicos de gestação de substituição só são possíveis “a título excepcional 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”, sendo ainda vedado qualquer tipo de remuneração ou a transferência de bens ou quantias pelos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, “exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio”.

Importante consignar que este contrato de geração de filhos tem como pressuposto de sua validade e eficácia, o consentimento livre e esclarecido de todas as partes envolvidas na gestação de substituição, que assumirão entre si uma série de direitos e deveres através do instrumento contratual. Acontece que muitas intercorrências podem surgir desde o momento da manifestação inicial do consentimento até o termo final do contrato, que seria a entrega da criança àqueles que assumirão o *status* familiar de mãe e pai.

Este artigo, então, se propôs a analisar a possibilidade de a gestante decidir não dar continuidade à gravidez em curso, na

¹⁵ GUIMARÃES, Maria Raquel. *As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018*, In: *Rev Bio y Der.* 2018; 44, p. 183.

medida em que, do seu conceito, poderia se extrair a ideia de que a gestação de substituição não visaria concretizar um projeto parental próprio, mas em favor dos beneficiários do procedimento, ou seja, daqueles que assumirão a maternidade e/ou paternidade da criança assim gerada.

De início, cumpre ressaltar que o Tribunal Constitucional português, no julgamento do Acórdão nº 225/2018, firmou entendimento no sentido de que a intervenção da gestante na gestação de substituição é co-constitutiva, já que este “*projeto parental*, sem deixar de ser próprio dos beneficiários, é também *partilhado* pela gestante: os beneficiários e a gestante querem *todos* que os primeiros tenham uma criança que seja sua filha, não obstante ter sido dada à luz pela segunda”.

Ademais, a referida Corte Superior reconheceu a inconstitucionalidade da previsão contida no art. 14º da Lei nº 32/2006 de 26 de julho, no que diz respeito ao limite temporal para a revogação do consentimento livre e esclarecido exarado no momento da contratação da gestação de substituição, na medida em que estabelecia a citada legislação um mesmo prazo tanto para os beneficiários do procedimento quanto à gestante, qual seja, “o início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida” (art. 14º, nº 4º).

De acordo o Tribunal Constitucional português, o direito de arrependimento deve ser assegurado ao longo de todas as fases em que se desdobra o processo de gestação de substituição, encerrando os compromissos contratuais somente quando da efetiva entrega da criança, tendo em vista que durante todo este período a gestante se submete a um processo biológico, psicológico e potencialmente afetivo inerente à gestação e ao parto que não pode ser desconsiderado. As características próprias da gestação e do parto, portanto, acabam por “justificar uma eventual alteração das circunstâncias que determinaram o consentimento da gestante, fazendo com que o projeto parental inicial não corresponda mais à sua vontade”.

Limitar a revogabilidade do consentimento ao limite temporal do momento de formação do contrato seria, pois, um paradoxo, na medida em que um suposto consentimento livre manifestado no início do contrato viria a cancelar, no decorrer da execução deste mesmo instrumento, a mesma autonomia reprodutiva da gestante que lhe deu origem. Para María José Guerra-Palmero, “Invocar la autonomía para luego, acto seguido, suspenderla, es lógicamente contradictorio, y desde el punto de vista de la ética, simplemente aberrante, pues liquida la propia autonomía como principio”. E, citando Kant, para fazer uma conexão entre o exercício da liberdade com a dignidade da pessoa humana, alerta que “la autonomía no puede cancelarse temporalmente; debe actualizarse en cada momento porque el consentimiento informado es un proceso y no un mero resultado”, razão pela qual nenhum contrato pode ter o poder de cancelá-la¹⁶.

O mesmo Tribunal Constitucional, por meio do Acórdão nº 465/2019, voltou a declarar inconstitucionalidade acerca da temática, na medida em que a Lei nº 25/2016 de 25 de agosto não contemplou qualquer modificação do artigo 14.º da Lei nº 32/2006 de 26 de julho, pelo que, nos termos estabelecidos nos nº 4 e 5, o consentimento da gestante continuaria a ser livremente revogável somente até ao início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida.

Assim, apesar de vinculante desde o início da formação do contrato, o consentimento da gestante deve se manter atual ao longo de todo o processo de gestação de substituição, o que somente se permitiria com a possibilidade de sua revogação até a efetiva entrega da criança aos beneficiários do procedimento, o que incluiria a possibilidade de a gestante exercer o direito de promover a interrupção voluntária da gravidez, nos casos em que a lei permite a tomada desta decisão.

¹⁶ GUERRA-PALMERO, María José. *Contra la llamada gestación subrogada. In: Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal.* 2017, p 535.

Desde 2012 alertava o Conselho Nacional de Ética para as Ciências Naturais, através do Parecer n.º 63/CNECV/2012, que quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação (a nível fetal ou materno) deveriam ser decididas exclusivamente pela gestante de substituição com o apoio de equipa multidisciplinar de saúde. E a própria Lei n.º 32/2006 de 26 de julho, em seu art. 8.º, n.º 11, reconhece que o contrato de gestação de substituição “não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”.

Neste contexto, entendemos que restringir a livre decisão de interromper a gestação, ainda que esta tenha se constituído em favor de terceiro(s), seria um ato atentatório à liberdade e à dignidade da gestante, pois as circunstâncias consignadas na legislação penal justificam eventual mudança de ideia quanto à manutenção da gravidez. Além do que é o corpo e a saúde física, psicológica e emocional da gestante de substituição que sofrem as maiores alterações e riscos durante o processo gestacional.

Neste mesmo sentido, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 225/2018, reconheceu que a opção de realizar uma interrupção voluntária da gestação, nos casos e nos termos em que a lei a admite, “corresponde a uma garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante”, razão pela qual se exclui qualquer tipo de responsabilização desta, tanto na esfera penal quanto na cível.

Defende Eleonora Lamm que o contrato de gestação de substituição não pode conter nenhuma limitação ao exercício dos direitos da mulher grávida, nem mesmo o direito de abortar. Ela, e somente ela, é a titular deste direito e quem deve decidir sobre a continuidade ou não da gestação, sem que lhe possa ser imputada qualquer responsabilidade civil pelo encerramento precoce da gestação e, por conseguinte do contrato, ainda que isso signifique obstaculizar o seu fim último, qual seja, a entrega

da criança esperada,¹⁷ posicionamento ao qual nos filiamos.

Como já consignado, o Brasil não dispõe de legislação sobre a gestação de substituição, sendo comum, na prática, a utilização da Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina como parâmetro na disciplina do tema. Referida Resolução exige das clínicas de reprodução assistida, dentre os documentos que deverão constar no prontuário da paciente, o “termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação.” Nas disposições iniciais, contudo, a referida Resolução prescreve que “o documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e *estará completo com a concordância, por escrito*, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida” (*grifo nosso*), dando a entender que tal anuência é exigida apenas antes do início dos processos terapêuticos de reprodução assistida, nada dispondo acerca da possibilidade de sua revogação.

Ante inexistência de regulamentação legislativa e decisão judicial nos Tribunais brasileiros sobre o tema, a experiência legislativa e jurisdicional de Portugal pode acabar servindo de subsídio na atividade interpretativa de eventuais conflitos envolvendo a interrupção voluntária da gravidez em gestação de substituição ocorrida no Brasil, sendo necessário, por sua vez, fazer o adequado recorte que a matéria penal exige, em face das hipóteses permissivas de aborto aplicáveis ao território brasileiro estarem limitadas à situação de risco de vida da gestante e a de feto anencéfalo.

Em conclusão, trazemos à colação a preciosa lição de Cezar Roberto Bittencourt:

Partimos do princípio de que nenhuma mulher quer abortar,

¹⁷ LAMM, Eleonora. Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución. In: *Gaceta Sanitaria*, vol. 31, nº 6. 2017, p. 540.

pois não desconhecemos que o aborto é uma agressão violenta, não apenas contra o feto, mas também contra a mulher, física, moral e psicologicamente, e que, naturalmente, a expõe a enormes e imprevisíveis riscos relativos à sua saúde e à sua própria vida,

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico protege o ser humano e os direitos fundamentais a ele destinados desde a sua concepção, estabelecendo condições mínimas para proteção da sua vida antes mesmo do nascimento. Neste sentido, os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, criminalizam a conduta de promover voluntariamente a interrupção de uma gestação, com vistas a tutelar a vida humana embrionária, não obstante, a própria legislação reconheça situações em que a conduta de realizar o aborto não será considerada punível.

Assim é que o art. 128 do Código Penal brasileiro admite a cessação do processo fisiológico da gestação nos casos de risco de vida para a gestante e de gravidez decorrente de estupro, sem esquecer da hipótese permissiva reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2012 no que diz respeito ao aborto de feto anencéfalo.

A legislação portuguesa, por sua vez, no art. 142º do Código Penal prescreve que o risco de vida, à integridade física ou psíquica, a violência sexual sofrida pela gestante, assim como a inviabilidade, grave doença ou malformação congénita do feto tornam não punível a interrupção da gravidez, além da hipótese de decisão livre e esclarecida, desprovida de qualquer justificativa por parte da gestante, desde que tomada até certo lapso temporal da gestação.

Resta claro que o Direito brasileiro e o português, de forma mais ou menos abrangente, oportuniza à mulher grávida a possibilidade de rematar a vida intrauterina do seu filho sem

sofrer as consequências na esfera penal de tal conduta. A questão que este artigo buscou analisar foi investigar se esta mesma autonomia corporal e reprodutiva permanece reconhecida à gestante quando esta se dispõe a suportar uma gravidez por conta e em favor de outrem, assumindo ainda o compromisso de entregar a criança gestada após o parto e renunciar aos poderes e deveres próprios do *status* familiar, que será atribuído aos beneficiários do procedimento.

Tendo em vista a completa ausência de regramento legislativo da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se subsídios na experiência legislativa e jurisprudencial de Portugal, em especial na Lei nº 32/2006 de 26 de julho, com as alterações promovidas pela Lei nº 25/2016 de 25 de agosto, e nos Acórdãos nº 225/2018 e nº 465/2019 do Tribunal Constitucional português.

A partir destes referenciais pudemos compreender que o projeto parental, a despeito de próprio dos beneficiários do procedimento, é compartilhado com a gestante, cujo corpo e saúde física, psicológica e emocional sofre as maiores alterações e riscos durante o processo gestacional. Ademais, mesmo desprovido de caráter comercial ou lucrativo, a gestação de substituição assenta numa relação obrigacional, que tem como um de seus pressupostos de validade e eficácia o consentimento livre e esclarecido de todas as partes envolvidas. Apesar de vinculante desde o início da formação do contrato de geração de filho, o consentimento da gestante deve se manter atual ao longo de todas as fases em que se desdobra o processo de gestação de substituição, o que implicaria na possibilidade de sua revogação a qualquer tempo até a efetiva entrega da criança assim gerada. Neste sentido, sendo revogável tal consentimento, deve ser igualmente reconhecido à gestante de substituição a possibilidade de exercer a interrupção voluntária da gravidez, nos casos e condições em que a legislação penal permite esta decisão.



REFERÊNCIAS

- A. Estefam. *Direito Penal 2 – parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book).
- C. R. Bittencourt. *Tratado de direito penal, vol 2: parte especial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book)
- D. Jesus. *Direito Penal 2 – parte especial*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (e-book)
- E. Lamm. Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución. In: *Gaceta Sanitaria, vol. 31, n° 6*. Barcelona, nov./dic. 2017. ISSN 0213-9111. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535. Acesso: 10/01/2020
- F. Capez. *Curso de direito penal 2 – parte especial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (e-book)
- M. J. Guerra-Palmero. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. In: *Gaceta Sanitaria, vol. 31, n° 6*. Barcelona, nov./dic. 2017. ISSN 0213-9111. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600535. Acesso: 10/01/2020
- M. R. Guimarães. *As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n° 225/2018*. Rev Bio y Der, 2018; 44: 179-200.
- N. N. Alves. Entre a mulher e o feto considerações sobre a (des)criminalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. In: *Revista de ciências jurídicas da*

UNIME, Lauro de Freitas. Ano 5, vol. 1, 2013, p.24-25.

Disponível em: [https://www.acade-](https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MU-)

[mia.edu/5396260/ENTRE_A_MU-](https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MU-)

[LHER_E_O_FETO_CONSI-](https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MU-)

[DERA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_A_DES_CRI-](https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MU-)

[MINALIZA%C3%87%C3%83O_DA_INTER-](https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MU-)

[RUP%C3%87%C3%83O_VO-](https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MU-)

[LUNT%C3%81RIA_DA_GRAVIDEZ_NO_BRASIL](https://www.academia.edu/5396260/ENTRE_A_MU-)

R. Rubio-Marín. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. *In: Revista Direito GV*, vol. 13, n. 1, p. 356-379. São Paulo, jan-abr 2017.