

Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição

Maria Margarida Silva Pereira

I. INTRODUÇÃO

Publicada em 22 de Agosto do ano passado, após uma diatribe legislativa adivinhável, que suscitaria primeiro o veto presidencial¹ e que, depois de alterada a redação do texto, culminaria na promulgação, entrou em vigor a Lei n.º 25/2016, que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida).

É uma lei polémica sobre matéria que exigia consenso alargado. Muito mais grave do que isso: é uma lei que contém inconstitucionalidades. Admito que tal só não venha sendo evidenciado porque se optou pelo não debate a seu respeito. As dores de cabeça virão à tona, decerto, à medida que se suscitem os problemas incontornáveis a que dá origem.

O objetivo deste texto não é adentrar na questão ou questões éticas e sociais subjacentes à maternidade de substituição, aqui a floradas muito brevemente. Que existem, é por demais sabido. Tão pouco pretendo obnubilar o inevitável. Ao entendimento acerca de uma lei sobre esta matéria subjaz sempre um olhar comprometido. E opto por aclarar as águas: o meu olhar é de grande apreensão, quiçá de relutância, acerca da figura em causa.

Começo por descrever da sua bondade em nome dos direitos das mulheres, tendo em conta a génese histórica da prática e a realidade da sua aplicação no nosso tempo. A

¹ Cf. o veto presidencial. Disponível em <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689> acesso em 3-01-2017.

maternidade de substituição começou por ser uma filigrana da escravatura feminina – a escrava podia gerar os filhos da mulher infértil e estes eram tidos como filhos do casal porque ela, a mãe biológica, não era um ser humano, mas um objeto, no caso, um objeto reprodutivo; e ambas, ama e escrava, não passavam de pessoas humilhadas na sua condição feminina. E, em tempos recentes, a maternidade de substituição utiliza o corpo e a alma de mulheres socialmente menos favorecidas, revoltantemente mal pagas para este efeito. É paradigmático o caso da Índia, onde existem autênticos viveiros humanos destinados à finalidade – gerar crianças em benefício de terceiros. Escreveu Bindel, Julie, depois de visitar locais onde a prática se realiza naquele país: «Ouvi vários relatos de casos de mulheres forçadas a proceder à maternidade de substituição pelos maridos ou proxenetas...»². Por outro lado, só escondendo a cabeça na areia não se adivinha que a maternidade de substituição potencia o tráfico de mulheres e crianças do sexo feminino também para este fim.

Não me convence o bem-intencionado expediente para minorar os problemas da exploração das mulheres pobres que leva o legislador a só admitir a maternidade de substituição gratuita. Recordo uma professora de Direito que observa a propósito: as atividades para as quais se sugere a generosidade e a gratuidade – seu *alter ego* – insistem em ser atividades femininas³. Creio que lhe assiste toda a razão. Segundo as leis que preconizam a gratuidade, a mãe de substituição tem de ser generosa, muitíssimo mais do que um banqueiro ou um jogador de futebol.

Ademais, desconheço qualquer paragem em que a gratuidade tenha invertido, ou caminhe no sentido de inverter, o perfil da gestante de substituição, mulher pobre ou muito pouco diferenciada; desconheço qualquer paragem que convole ou caminhe para convolar a maternidade de substituição humilde ou miserável num mirífico (?) antro do experimentalismo da gestação por parte de mulheres ricas ou profissionalmente sucedidas.

² Cf. “Outsourcing pregnancy: a visit to India's surrogacy clinics”. Disponível em <https://www.theguardian.com/global-development/2016/apr/01/outsourcing-pregnancy-india-surrogacy-clinics-julie-bindel> acesso em 3-01-2017.

³ Andrews, Lori B., “Beyond Doctrinal Boundaries: a Legal Framework for Surrogate Motherhood”, *Virginia Law Review*, 1995, pág. 2366.

E, mesmo que assim viesse a acontecer, continuaria a entender que é sempre uma afronta à dignidade humana não reconhecer a todas as mulheres que decidam gerar um ser humano o direito de não abdicar da maternidade após o parto. A lei em vigor refere que a gestante de substituição «suporta uma gravidez por conta de outrem». “Suportar” é uma palavra cheia de conotações sofredoras, nada coerente com o entusiasmo legislativo. E a expressão “carregar uma criança”, que entrou insidiosamente no léxico, é, do meu ponto de vista, aviltante. Não “carregamos” crianças: disponibilizamos a nossa humanidade feminina íntegra, e por isso, indeclinavelmente, a nossa vontade, em prol da vida que aí vem. Experimentamos assim mais uma dimensão da nossa própria vida; e crescemos como seres humanos por isso e em função disso. Escreveu Hannah Arendt que o nascimento de um ser humano para a polis – que depende necessariamente da sua vinda ao mundo – é condição da liberdade. E escreveu Sophia de Mello Breyner que também através dos filhos descobrem as mulheres que a sua causa é sobretudo a causa da humanidade.

Como declinar a importância da gestação e do parto no desenvolvimento da personalidade, e assim, na formação da vontade de cada mulher? Em nome de que princípio se admitirá que é possível renunciar antes do nascimento da criança, num Estado de Direito Democrático, ao direito a ser mãe e de assumir a responsabilidade materna relativamente a quem se gerou?

Também a minha condição de cidadania não diretamente ditada pela consideração feminista da vida e do Direito me leva a descrer do respeito pelo superior interesse das crianças nascidas por maternidade de substituição. Recordo o verso de uma canção da minha adolescência: «sou filho de muitas mães». Ele anunciava a criatividade de tais filhos. Porém, não vejo que possa fazer-se nos próximos tempos da nossa cultura a mesma leitura promissora do poema relativamente aos filhos nascidos assim. Quem nos garante que não perturba a identidade das crianças terem uma génese nos antípodas da identificada como padrão de normalidade? E quem acredita que uma lei de maternidade de substituição, mesmo que estrita, ou seja, uma lei que pretenda reduzir as possibilidades de recurso à técnica, não gera o efeito inverso, não acicuta os fundamentos da permissão, posto que o *busílis* foi adquirido

pelo legislador: a mãe e a gestante podem dissociar-se, o que significa que isso não é só possível, é “normal” para o Direito?

Entendo, contudo, que a descrença na bondade da lei não influencia o essencial da análise que empreendo. Pois à divergência de fundo relativamente à figura da maternidade de substituição acresce, como afirmei, a convicção da inconstitucionalidade do diploma. Pretendo analisá-lo como jurista, professora de Direito que se interpela e a quem os estudantes interpelam sobre o seu articulado.

E a reflexão que trago a lume incide sobre alguns aspetos matriciais:

- a) A gestação de substituição na doutrina (II);
- b) O conceito de *gestante de substituição* e a sua ambiguidade (III);
- c) Os pressupostos da gestação de substituição criminosa e a sua inconstitucionalidade (IV);
- d) A técnica de construção do processo de renúncia da gestante à criança e a sua desadequação ao ordenamento jurídico português; e geradora também de inconstitucionalidade (V);
- e) O mito da *bondade* da maternidade de substituição gratuita (VI);
- f) Outras infrações constitucionais ao princípio do superior interesse da criança e à dignidade das mulheres decorrentes da conceção legal (VII); e
- g) A gestação de substituição legal e a disseminação do “turismo procriativo” (VIII).

II. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NA DOUTRINA

A gestação de substituição arrasta consigo um debate de décadas, que cruza os finais do século XX e chega à segunda década do século XXI sem encontrar vias de esgotamento.

Importa começar por identificar o conceito.

1. Dá-se o nome de gestação de substituição ou maternidade de substituição ou subrogada ao contrato, admitido pela ordem jurídica de alguns países e proibido ainda pela grande maioria, a ponto de serem muito contados os casos em que é considerado lícito na

Europa⁴, que poderá, de acordo com as leis, ser celebrado a título oneroso ou gratuito⁵, por meio do qual uma mulher consente em proceder à gestação de uma criança, mediante técnicas de procriação medicamente assistida⁶, entregando-a no final do parto a uma outra mulher ou a um casal com quem contratou, o denominado casal comitente.

A gestante contribui ou não com o seu material genético para a gestação. Isto significa que pode ocorrer, quanto à intervenção do material genético feminino na gestação de substituição, uma de três situações, a saber:

- a) Intervenção do material genético da mulher que aceita assumir a maternidade após o parto, constando como mãe no registo de maternidade (maternidade jurídica). Neste caso, a mãe jurídica contribui com os seus óvulos para a formação do embrião;
- b) A mulher que outorga o gâmeta feminino (mãe genética) não coincide com a mulher constante do registo de maternidade nem com a gestante: é uma terceira que tão-só contribui com o material genético para a formação do embrião;
- c) A mulher que gera a criança (gestante) é simultaneamente a mulher que cujo gâmeta é fecundado, se bem que não venha a constar, no final do procedimento, como mãe da criança.

⁴ A gestação de substituição é considerada lícita no Reino Unido e na Grécia. O procedimento é ainda reconhecido desde 1997 na Holanda, se bem que a lei civil não permita o registo da criança pelo casal que contratou (casal comitente) e este deva socorrer-se do processo de adopção para assumir responsabilidades parentais face à criança, bem como para aceder à sua guarda. Por ser assim, o Direito holandês costuma ser designado, tal como acontece com o Direito belga, como um Direito que *tolera* a gestação de substituição. Salienta-se que o Direito belga não toma posição sobre a maternidade de substituição, sendo esta admitida em nome do princípio de que todos os comportamentos que não são legalmente vedados são permitidos. Cf. Lamotte, Aymeric de, “Gestation pour autrui en Belgique: aller d’une absence de cadre légal à une interdiction”. Disponível em <http://www.lesoir.be/1324732/article/debats/cartes-blanches/2016-09-23/gestation-pour-autrui-en-belgique-aller-d-une-absence-cadre-legal-une-interdic> acesso em 3-01-2017.

⁵ Na Europa, a gestação de substituição é proibida a título oneroso no Reino Unido, na Grécia e em Portugal. O carácter oneroso é admitido pela lei holandesa, com as limitações que adiantámos existirem ao correcto enquadramento da situação deste país entre os que acolhem legalmente a figura.

⁶ Por regra, procede-se à fecundação *in vitro* e a gestante de substituição não deverá contribuir com o seu material genético. A criança pode ser gerada com material genético do casal contratante, de um dos membros do casal ou de nenhum deles. Há países que permitem aos casais homossexuais masculinos o recurso à gestação de substituição, em nome do princípio da não discriminação, *maxime*, do reconhecimento dos mesmos direitos parentais.

Na ordem jurídica portuguesa, de acordo com a lei aprovada, é paradigmática a diferenciação entre a mulher que outorga o óvulo e a comitente; pode, todavia, haver coincidência entre comitente e outorgante do material genético.

Temos, assim, as seguintes possibilidades:

- i) Caso a comitente aceda à gestação de substituição por ausência de útero, o material genético feminino pertencerá necessariamente a uma terceira mulher que não é parte no contrato (por isso que a lei proíbe que o material genético pertença à gestante);
- ii) Caso a comitente sofra de doença uterina (ou outra, como veremos, não identificada pela lei) que fundamente a gestação de substituição legalmente permitida, a falta de coincidência entre a dadora do material genético e a mãe jurídica pode ocorrer ou não. Pensa-se nos casos afirmativos, em que o embrião pertence à comitente que não pode proceder à gestação, o que sempre acontecerá em situações de doença que impeça a gestação após a formação do embrião⁷. Mas é igualmente possível que o óvulo não seja fornecido pela comitente e sim por terceira;
- iii) As outras situações clínicas em que a gestação de substituição é permitida, não especificadas na lei, podem, em princípio, ser dos dois tipos.

O pai jurídico pode coincidir com o pai biológico ou não. Sendo, nos termos da lei portuguesa, a gestação de substituição apenas lícita quando praticada através de recurso aos gametas de um dos beneficiários (art.º 8.º, 3) sempre que membro feminino do casal esteja impedido de os fornecer, ao membro masculino cumpre contribuir com o seu material genético.

⁷ Seria, entre outros, o caso apresentado por Serrão, Daniel, de mulher que não pudesse gerar o embrião já existente por lhe ter sido detetado carcinoma do útero. Afirmava o Professor: «Mas, se nós tivermos um embrião e não tivermos forma de lhe podemos dar o seu direito absoluto à vida e ao desenvolvimento no útero do casal, a utilização de um útero que vai permitir salvar a vida de um embrião que já foi constituído não tem censura ética. Imaginemos que se verifica que a mulher tem carcinoma do colo do útero e não pode receber o embrião. Então que o seu embrião possa ser recebido no útero de outra mulher, sem nenhuma intromissão de fatores de natureza comercial. Há um caso em que foi a própria mãe que o fez». Cf. artigo publicado no semanário n.º 2895 de 1 de março de 2006, “Notícias Médicas”. Disponível em <http://www.danielserrao.com/fotos/gca/Daniel.pdf> acesso em 3-01-2017.

Sublinha-se que, diferentemente dos demais procedimentos contemplados na lei de procriação medicamente assistida, a que podem aceder mulheres por si sós⁸, a existência dum casal é aqui exigida.

2. Importa ter presentes os principais argumentos contra e a favor da gestação de substituição.

a) Argumentos contra a sua prática:

i) A gestação de substituição supõe, no parecer de muitos dos seus detratores, um perigo fundamental para a mulher gestante: a exploração do seu corpo. Olhando as estatísticas, verifica-se que a tal gestação recorrem sobretudo casais de recursos financeiros significativos, os quais, após tratamentos de fertilidade malogrados, recorrem aos serviços de uma mulher que, por necessidade, se disponibiliza a gerar uma criança e renunciar à mesma, entregando-a ao casal comitente.

Mas, sobretudo, o facto de à entrega da criança corresponder a obnubilação da gestante, que não figurará entre os familiares ou pessoas próximas do seu processo de crescimento – será uma “figura oculta” nesse processo, uma presença indesejada pelos comitentes, que pretendem retirar essa imagem da construção da história pessoal da criança – indicia que é bem mais provável que aceite tal situação uma mulher carenciada do que outra, verdadeiramente altruísta, desejosa de viver uma experiência de gestação e capaz de ponderar que esta experiência poderá ter, para si, contrapartidas psicológicas, afetivas, que talvez não anteveja no momento da celebração do contrato, mas das quais não está mais tarde disposta a abdicar. E que, por isso, admite como natural e talvez mesmo desejável o relacionamento com a criança que gerou, do qual não aceita prescindir contratualmente. Ou que, tendo prescindido, pretende revogar a decisão posteriormente;

⁸ De acordo com ao art.º 6.º, 1 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, «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».

- ii) Na mesma linha argumentativa, aduz-se que a legalização da gestação de substituição favorece o tráfico de mulheres e crianças do sexo feminino, visando a comercialização do seu corpo para esta finalidade;
- iii) A gestação de substituição, que dificilmente granjeará consenso no Ocidente nos próximos anos, será estimulada sempre que seja total ou parcialmente proibida em certo país mas se vislumbre a possibilidade de lhe aceder noutro. Este já denominado “turismo procriativo” pode colidir com o superior interesse da criança gerada. Pois, uma vez ingressada no país de origem dos comitentes, a aplicação da lei proibitiva aí vigente pode determinar que seja afastada do casal e colocada em situação de adotabilidade por terceiros, o que a submete à álea de uma “aventura parental” que não terminou bem⁹;
- iv) O discurso feminista refratário à gestação de substituição invoca que a luta das mulheres contra a sua consideração primordial como gestantes sofre um golpe duro no momento em que se assuma a normalidade do contrato. Pois este contrato que tem na égide a pré-compreensão de que não aceder à maternidade é uma *capitis diminutio* que justifica uma alternativa mimética à gestação, qual mecanismo de suprimimento de uma incapacidade;
- v) Argumenta-se também que quebrar a relação entre a criança e a gestante pode prejudicar o seu desenvolvimento. Por outro lado, nada garante que a tomada de consciência pela criança de que possui duas imagens maternas não a pode igualmente prejudicar, devido à anomia que representa. E será também possível que a considerem pária. Enfim, a gestação de substituição, tendo inerente a ideia de “direito à criança” pela mulher impossibilitada de gerar, funcionaliza o recém-nascido, que não é, como se impõe, o sujeito central no seu processo de vinda ao mundo;
- vi) A gestação de substituição pode ter consequências altamente imponderáveis. Para além dos casos em que o casal comitente ou a gestante pretendam que a gravidez

⁹ Costuma referir-se como paradigma da exploração das gestantes a utilização de mulheres do Terceiro Mundo por mulheres ocidentais. Cf. o caso da Índia *supra* citado (nota 2).

desta seja interrompida ou de existirem malformações no feto¹⁰ – situações que a lei portuguesa ponderou e regulou¹¹ – vários outros de grande complexidade podem ocorrer. Aventa-se a possibilidade, já verificada, do nascimento de várias crianças, estando o casal comitente preparado e habilitado para “ter” um só filho¹²;

vii) A gestação de substituição atenta contra a liberdade reprodutiva, que tem como dimensão essencial a liberdade de procriar, que se manifesta na determinação, por quem procria, do momento de procriar e do modo de procriação, o que não acontece com a gestante de substituição, a qual estará dependente da álea da fecundação *in vitro*¹³.

viii) Uma lei que admita a gestação de substituição por casais heterossexuais ou homossexuais femininos e a negue a casais do mesmo sexo masculinos viola o princípio da não discriminação em função do sexo no acesso à gestação de substituição.

b) Argumentos no sentido da favorabilidade:

i) Em prol da gestação de substituição argumenta-se, do lado dos sectores feministas favoráveis, que a imagem da maternidade não deve estar associada à gravidez e ao

¹⁰ A doutrina costuma lembrar a este propósito o caso de um casal canadiano que instou a gestante a abortar ao tomar conhecimento de que o feto padecia da síndrome de Down. Cf. Newmann, A., “What Happens When Surrogacy Meets Abortion?”, *RH Reality Check*, 7-10-2010. Disponível em <https://ewire.news/article/2010/10/07/what-happens-when-surrogacy-meets-abortion/>, acesso em 3-01-2017.

¹¹ O art.º 8.º, 10, *infra* reproduzido, afirma que «A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez».

¹² Foi o caso de uma jovem inglesa que celebrou, na Califórnia, Estado que permite a gestação de substituição a título oneroso, um acordo de gestação de substituição nos termos do qual o pagamento de 19 mil euros corresponderia à vinda ao mundo de uma única criança, reduzindo-se a quantia no caso de o número de recém-nascidos ser superior e rateado em função do número de crianças que nascessem. Tendo tomado conhecimento de que estava grávida de gémeos, a gestante comunicou o facto aos comitentes, os quais lhe solicitaram que praticasse aborto relativamente a um dos fetos. Discordando, por alegado risco de vida, veio a dar à luz as duas crianças, tomando a decisão de as assumir como suas filhas. O tribunal, porém, decidiu entregar ambos os recém-nascidos aos comitentes. Cf. Souto Galván, Beatriz, “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, nº 8, 2006, pp. 181-195. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1188/1/Feminismos_8_12.pdf, acesso em 3-01-2017.

¹³ Cf. Pyton, Elisabeth, “Is surrogate motherhood moral?”, *Humanist*, Vol. 61º, 2001, pp. 20-21. Disponível em <http://connection.ebscohost.com/c/articles/5142692/surrogate-motherhood-moral>, acesso em 3-01-2017.

parto¹⁴, pois há muitas mulheres são capazes de cumprir a maternidade através da sua determinação, vontade e sentimentos, os quais não dependem do biologismo¹⁵.

ii) Contra a violação do superior interesse da criança nascida através de maternidade de substituição *supra* referenciado invoca-se que, de acordo com estes procedimentos, a criança nasce e se desenvolve no seio de uma família que realmente a desejou, superando obstáculos difíceis para poder constituir uma relação parental¹⁶.

III. O CONCEITO DE *GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO* E A SUA AMBIGUIDADE

Devido à singularidade da construção jurídica introduzida pelo legislador e à circunstância de o novo regime entrar em rutura com a conceção legislativa anterior referente ao tema, vertida na primeira redação do art.º 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a qual vedava sempre o acesso à maternidade de substituição e considerava nulos todos os contratos com este objetivo, reproduz-se a nova redação do art.º 8.º, antes de examinar os seus aspetos principais.

«[...]»

Gestação de substituição

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

2 - 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.

3 - A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos

¹⁴ Purdy, L. M. "Another look at contract pregnancy", H. B. Holmes (ed.), *Issues in reproductive technology: An anthology*, Garland Publishing, New York & London, 1992.

¹⁵ Cf. De Laurentis, Teresa, "Feminism and its Differences", *Pacific Coast Philology*, 25, No. 1/2, 1990, pp. 24-30. Disponível em http://users.clas.ufl.edu/marilynm/Theorizing_Black_America_Syllabus_files/Feminism_and_its_Differences.pdf acesso em 3-01-2017.

¹⁶ *Idem* Purdy, L. M., pp. 309-311. Sobre os argumentos apresentados cf. Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret*, 2012, pp. 5-10. Disponível em http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf acesso em 3-01-2017.

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.

4 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2.

5 - É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos 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.

6 - Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.

7 - A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.

8 - No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei.

9 - Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.

10 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.

11 - O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

12 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.»

Acerca da nova lei cumpre salientar:

A terminologia é intencionalmente diferente. Enquanto em 2006 a lei utilizou o conceito «maternidade de substituição»¹⁷, usa-se agora uma expressão nova em Portugal, se bem que o não seja, como se viu *supra*, na doutrina: «gestação de substituição».

A diferença indicia por si a diversidade dos enquadramentos jurídicos. Ao passo que a primeira versão do art.º 8.º proibia a maternidade de substituição, a nova lei considera que há situações em que as figuras da *gestante* e da *mãe* se diferenciam.

Do que se trata, é de tornar claro que mãe é tão-só a mulher que virá a constar do registo de maternidade da criança (mãe jurídica)¹⁸. A mulher que gera e dá à luz é meramente gestante.

¹⁷ Lia-se no art.º 8.º da 1.ª versão 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».

¹⁸ Lê-se no Parecer n.º 63 do CNECV, de Março de 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».

O Parecer n.º 63/2012 foi aprovado com votos de vencidos de vários conselheiros (Michel Renaud, Ana Sofia Carvalho, Agostinho Almeida Santos, Francisco Carvalho Guerra, José Germano de Sousa e Maria do Céu Patrão Neves) que emitiram declaração conjunta. Lê-se na mesma declaração a reprodução de excerto do Relatório e Parecer emitidos, em 2010, pelo Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé de França, com o qual se manifestaram de acordo, o qual, (cito os conselheiros), «após uma análise aprofundada e muito cuidadosa dos múltiplos aspectos inerentes à proposta da GDS («Gestação de Substituição», denominada «Gestation pour Autrui»), recomendou não a integrar na legislação nacional (...) ‘Pelos problemas potenciais graves e potencialmente irreversíveis que acarreta, na sua maioria com uma incidência negativa sobre o interesse, a construção de identidade e o bem-estar físico e psicológico do nascituro, entendido como prevaLENcente sobre o interesse do «casal beneficiário», não consideramos eticamente justificada a aprovação da gestação de substituição». Cf. DECLARAÇÃO CONJUNTA SOBRE PARECER N.º 63 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA PROcriação medicamente assistida e gestação de substituição. DECLARAÇÃO CONJUNTA DOS CONSELHEIROS QUE VOTARAM CONTRA A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, pág. 4. Disponível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1335282946-declaraa-a-o-de-voto-conj.pdf> acesso em 3-01-2017.

Em Declaração de voto sobre o Parecer 87/2016 do CNECV escreveu Xavier, Rita Lobo: «Votei favoravelmente o parecer relativo ao projeto de lei que visava a legalização da «gestação de substituição» porque considero não ser eticamente aceitável que a maternidade possa identificar-se com um mero processo de gestação, subordinado a um contrato que estabelece direitos e deveres. Também entendo não ser eticamente aceitável interromper no momento do parto, em cumprimento de uma disposição contratual, muito embora livremente aceite, o vínculo biológico e

Entendo que a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, não conseguiu ser vitoriosa neste este seu empreendimento.

Senão vejamos.

O conceito de gestação de substituição que surge no art.º 8.º, 1, compreende «...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».

Todavia, o n.º 2 do preceito restringe as condições de possibilidade da gestação de substituição. Assim, «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».

Por outro lado, o n.º 12 estipula que «são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores». Nos termos do art.º 286.º do Código Civil, a nulidade pode ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado e ser declarada oficiosamente pelo tribunal.

A nulidade do contrato implica a não produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes. E assim, a mulher que dá à luz a criança, não sendo considerada parte de contrato de gestação de substituição válido, deverá constar no registo de nascimento da criança como sua mãe.

Conclui-se deste modo que a *gestante* é, no entendimento do legislador português, uma *mãe virtual*. Pois a gestante será a mãe da criança nos casos de celebração de contrato de

afetivo construído ao longo do desenvolvimento intrauterino e cuja manutenção e aperfeiçoamento a ciência demonstra ser benéfica para o recém-nascido, no seu processo de crescimento e de afirmação bio-psico-social. Finalmente, considero não ser eticamente aceitável fazer prevalecer totalmente o interesse da mulher-autora-do-projeto-maternal sobre os direitos da gestante e do/a filho/a que virá a nascer». Cf. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA 87/CNECV/2016 CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS) (março 2016). Declaração. Lisboa, 11 de março de 2016. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf acesso em 3-01-2017.

gestação de substituição a título oneroso, sempre ilícitos e criminosos. E sê-lo-á igualmente sempre que o fundamento do recurso à técnica de substituição viole os fundamentos que a lei contempla: casos em que a gestação é também considerada criminosa.

Do exposto resulta que o conceito de gestante não é isento de ambiguidade, como terá sido pretensão do legislador. Traduz um voluntarismo que não abole equívocos nem é gerador de consensos. *Gestante*, segundo a lei portuguesa, é a mulher a quem se imputa um comportamento de maternidade de substituição lícito. O que tem como contrapartida que a autora de contrato ilícito e criminoso será *mãe*.

Temos, conseqüentemente, que o entendimento legislativo assenta na imputação de gestação de substituição a quem contrata a entrega de criança aos comitentes de forma lícita e a imputação de maternidade a quem realize um contrato configurador de ilícito criminal.

Não foi, certamente, o que se pretendeu, mas é o resultado jurídico: o uso do conceito de maternidade e do estatuto materno correspetivo *in malam partem*. Só é *gestante* de substituição a pessoa que contrata licitamente. Quem acorda gerar uma criança de forma ilícita e criminosa será *mãe*. Assim, o conceito de gestante tem uma conotação de licitude, ao passo que o conceito de maternidade possui uma desinência criminal¹⁹.

E, todavia, ilumina esta construção, obscura, um contributo para o esclarecimento da verdade dogmática acerca da declaração de maternidade. Insiste-se ainda em considerá-la uma declaração de ciência, diferentemente da declaração de paternidade, entendida unanimemente como declaração de consciência. A lei de gestação de substituição reforça que a declaração de maternidade é uma declaração de consciência.

¹⁹ Recordar-se que nos termos da redação inicial do art.º 8.º, 3: «A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer». O legislador não explicitou a consequência jurídica dos contratos de nulos, mas isso não altera o regime de produção de efeitos jurídicos.

IV. OS PRESSUPOSTOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO CRIMINOSA E A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A nova versão legislativa mantém a opção punitiva que resultava já da versão de 2006. A diferença reside em ser agora admitido um núcleo de possibilidades de gestação de substituição lícita, ao passo que, nos termos da lei anterior, esta era sempre proibida e considerada criminosa.

Quando a gestação de substituição se pratique ilicitamente, são, como vimos, aplicáveis sanções penais quer aos comitentes, quer à gestante²⁰, se bem que esta seja destinatária de uma sanção mais leve: uma pena de multa até 120 dias.

Viu-se que a lei se rege pelo entendimento de que a gestação de substituição tem carácter excecional. Usa-se em benefício de mulheres que, desejando aceder à maternidade, o não podem, por motivos resultantes da sua circunstância física: segundo o art.º 8.º, 2, «nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher...».

Por seu lado, o art.º 39.º da Lei 32/2006 consagra, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto:

- «1 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.*
- 2 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.*
- 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.*
- 4 - Quem, enquanto gestante de substituição, 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 multa até 120 dias.*
- (...)*
- 7 - A tentativa é punível».*

²⁰ São ainda considerados criminosos comportamentos de entidades referidas nos n.ºs 5 e 6 do art.º 39.º citado; a matéria não releva diretamente neste estudo.

O contrato de gestação de substituição ilícito constitui crime e as sanções estão explicitadas neste preceito.

Mas determina também, como foi já referido, que às situações previstas se podem adicionar mais casos de idêntica relevância – «...outras situações clínicas que o justifiquem» – fórmula legislativa muito nebulosa, pois é impossível detetar que circunstâncias revestem natureza análoga às que a lei menciona. Trata-se de doenças graves do aparelho genital que impedem a gestação? Sê-lo-ão também outras situações que determinam a infertilidade?

Não se consegue traçar uma linha de continuidade e de coerência entre os exemplos-padrão – disso se trata – contidos na lei e novas situações.

Trata-se, com efeito, de exemplos-padrão, em sentido amplo e que se afasta do classicamente usado pela dogmática penal. É verdade que se usa por regra a expressão “exemplo-padrão” para identificar comportamentos incriminadores paradigmáticos, os quais servem de modelo a outros a construir. Ora os exemplos de comportamentos fundamentadores da gestação de substituição lícita pretendem ser modelos de todos os comportamentos sem relevância criminal neste domínio. Isto significa que é a partir deles que o legislador pré-compreende o âmbito dos comportamentos criminosos de gestação de substituição. Tudo se passa como se a lei recorresse a técnica de construção inversa e enumerasse casos de ilicitude criminal da gestação de substituição, a partir dos quais competisse ao intérprete-aplicador construir os demais comportamentos criminosos. A lei considera criminosas as condutas de gestação de substituição que não se fundamentam em ausência, deformação ou doença do útero, isto é, do órgão no interior do qual o feto se desenvolve e pelo qual é expulso e em outras situações clínicas justificadoras, a ponderar com base na mesma relevância valorativa.

Inere à letra da lei uma norma implícita, poderia ter redação próxima da que se ensaia:

«São suscetíveis de fundamentar a ilicitude criminal do contrato de gestação de substituição, entre outras situações clínicas que não justificam a sua celebração, as seguintes circunstâncias:

a) Não ausência de útero ou de deformação uterina em membro feminino do casal comitente impeditiva da gestação;

b) *Não existência de doença uterina impeditiva da gestação em membro do casal comitente*».

O elenco dos casos de gestação de substituição criminal não é fechado e a sua concretização opera-se por aproximação a um conceito indeterminado: “situações clínicas de gravidade análoga à das enumeradas”.

A identificação de tais situações clínicas é, contudo, impossível.

Pois não é a mesma coisa não possuir útero ou ter uma lesão ou doença uterina e não possuir qualquer outro órgão impeditivo da gestação. O útero é o único órgão decisivo para que a gestação ocorra. Ora, partindo desta restrição que o legislador traça, como se podem delimitar os casos inequivocamente integráveis na lei? Não há hipótese de estabelecer um *tertium comparationis*. E não existindo tal possibilidade, a inclusão de novas modalidades de gestação de substituição fere o princípio da tipicidade e da legalidade penal²¹.

A aplicação de sanção penal a um comportamento que a lei não tipifica com o maior rigor possível afronta a Constituição.

Conclui-se que o tipo de ilícito infringe o art.º 18.º, 2 e 3, da Constituição, e, reafirma-se, o princípio da legalidade penal, consignado no art.º 29.º, 1 e 3 da Constituição.

A indeterminação do tipo criminal aqui presente também afronta o superior interesse da criança nascida por este processo.

Como se observou *supra*, a maternidade será imputada à gestante sempre que o negócio jurídico de gestação é considerado nulo. E sendo assim, a primeira forma de integração da criança recém-nascida no mundo é através de uma ocorrência criminosa de que a mãe é autora e pela qual tal terá sido, porventura, julgada ou mesmo condenada. Assim, a violação da Constituição que resulta logo da indeterminação da lei, vem-se repercutir, não apenas nas pessoas da gestante e dos comitentes, como do recém-nascido. É uma criança cuja historicidade é marcada por uma ocorrência criminosa.

²¹ Como bem conclui o Acórdão do Tribunal Constitucional 852/2014 de 10 de março de 2014, é sempre necessário identificar uma «*estrutura valorativa comum às condutas enumeradas... pelo menos no sentido de poder ser conjuntamente extraído destas alíneas um ‘denominador comum’*».

No mesmo sentido cf. Pereira, Maria Margarida Silva, *Os Homicídios*, Lisboa, ed. Pedro Ferreira, 2012, pág. 209.

Admite-se que lançar mão dos mecanismos penais teve um intuito dissuasor da gestação de substituição naqueles casos em que o legislador não concorda com ela. Mas não concorda porquê? A explicação aventável para a restrição, funda-se, por parte de quem não coloca um óbice de princípio à figura, como é o caso do legislador português, em razões éticas (de eventual *justiça* para com a mulher privada de gerar) que se situam nos fundamentos do acesso ao procedimento. Há, assim, do ponto de vista do legislador, uma gestação de substituição eticamente aceitável e por isso legalmente justificada, em detrimento de outras que lhe não mereceram a mesma consideração.

Sucedem que a representação legislativa da eticidade não é a única válida na lógica argumentativa da legalidade da gestação de substituição. A lei refere casos de deficiência orgânica, uterina, ou de doença. Mas serão menos *éticos* os contratos de gestação de substituição em todos os casos de infertilidade?

E nunca será constitucionalmente admitido colocar no plano da moral o fundamento de qualquer incriminação. A função do Direito penal é proteger bens jurídicos e não valores sociais *a se*, sem prejuízo da relevância que se lhes reconheça²². Ora, qual é o bem jurídico protegido por esta norma incriminadora? Nos casos em que a gestação de substituição é sempre proibida, argumentar-se-á que o pode ser a defesa da ordem pública, assim como a dignidade e a liberdade das mulheres, das crianças. Na ótica de quem aceita a gestação de substituição lícita, mas tão-só em casos contados, não tem sentido erigir estes bens jurídicos, pois que eles não são considerados relevantes nas situações de permissão: não é entendimento legislativo que a gestação de substituição atenta contra a ordem pública (e como poderia atentar nalgumas modalidades não contempladas expressamente na lei, como seria o caso de prática em caso de infertilidade, posto que a infertilidade não foi integrada na lei?) nem a proteção da mulher ou da criança, cujas fragilidades decorrentes da prática não foram consideradas relevantes. Restaria ponderar os contratos de gestação de substituição a título

²² Salienta Dias, Jorge de Figueiredo: «...um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer **relação de mútua referência**». Cf. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 120.

oneroso, em nome de alegado potenciamento de fragilidade da gestante ou de cobiça. Porém, conclui-se, como se verá adiante, que a gratuidade não é impeditiva de outras formas de compensação à gestante, o que de novo anula a dignidade e a liberdade das mulheres e das crianças como bem jurídico identificável.

Conclui-se no sentido de não identificar nenhum bem jurídico protegido pelas normas incriminadoras da gestação de substituição, o que igualmente colocaria em questão a constitucionalidade do tipo criminal e as penas corresponsivas, mesmo que a norma incriminadora fosse determinada.

V. A TÉCNICA DE CONSTRUÇÃO DO PROCESSO DE RENÚNCIA À CRIANÇA E A SUA DESADEQUAÇÃO AO ORDEAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS; E GERADORA TAMBÉM DE INCONSTITUCIONALIDADE

A lei que entrou em vigor tem como pré-compreensão o *direito à maternidade* por parte de membro feminino de casal que padeça de grave e indurimível impedimento para procriar e o desejo. E deixa para outro momento da decisão legislativa a consideração dos direitos da gestante e, como se viu *supra*, a discussão angular acerca do destino a dar aos fetos ou mesmo às crianças que nasçam de forma não querida nos termos do contrato, porque são “mais” do que o filho desejado (gémeos, trigémeos...) e eventualmente indesejadas também pela gestante.

Conclui-se assim que a lei de gestação de substituição não toma em consideração, de forma global e articulada, a circunstância da gestante, os interesses do casal comitente e o superior interesse da criança. Não se questionando a seriedade do processo legislativo, verifica-se que ele provoca muitas dificuldades e problemas que uma discussão jurídica do diploma não pode, e muito menos deverá descurar; e que sugerem a instância do seu apuramento.

O silêncio da lei é gritante quanto a aspetos que já foram objeto de apreciação judicial noutros países e poderão ocorrer igualmente entre nós:

- i) A gestante pode decidir não entregar a criança ao casal comitente após o processo de gestação. A experiência anterior de maternidade não invalida que cada gestação é

única e irrepetível e que o modo de enfrentar as suas consequências pode, como todo o ato de liberdade, determinar uma decisão diferente da inicial, nem por isso merecedora de menor consideração. Pergunta-se de novo: como compatibilizar a negação à gestante do direito de mudar de ideias face à disponibilização do seu corpo e à renúncia à pessoa por si gerada sem afrontar a dignidade humana²³? Afronta, também, a cultura e a prática social e jurídica que assume o direito da mulher a dispor do seu corpo – argumento do discurso em prol da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez – negá-lo aqui, sem que se enxergue fundamento relevante (e qual poderia ser?) para o efeito.

ii) Coloca em questão, não apenas a celebração de um acordo quanto à entrega da criança, mas o momento da produção de feitos jurídicos. Penso que nunca se deverá considerar que tal acordo respeita a dignidade da gestante e os seus direitos se lhe não for dado um prazo razoável para decidir após a vivência do parto. Afinal, é o regime da ordem jurídica portuguesa para a adoção. Nos termos do art.º 1982.º, 3, do Código Civil, a mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto. O legislador considera, pois, que a renúncia ao exercício das responsabilidades que decorrem da maternidade deve ser precedido de um prazo para reflexão. Porque não acontece o mesmo com a gestante de substituição²⁴? A explicação aventável é a expectativa do casal comitente e a circunstância que o determinou a recorrer ao procedimento. Ora, esta não constitui contraponto a um direito de personalidade da gestante.

²³ Recordar-se Ferrajoli, Luigi: «...o direito à maternidade voluntária como autodeterminação da mulher sobre o próprio corpo pertence-lhe exclusivamente, por isso que em matéria de gestação os homens não são iguais às mulheres e só desvalorizando-as como pessoas e reduzindo-as a instrumentos de procriação foi possível aos homens expropriá-las desta sua aptidão pessoal, submetendo-as ao controlo penal». Cf. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, pág. 86.

²⁴ Tal prazo existe no Direito inglês. De acordo com este, a gestante é a mãe jurídica da criança e esta apenas será entregue ao casal comitente após um período de reflexão de seis meses. Cf. Human Fertilisation and Embryology Act 2008 CHAPTER 22 CONTENTS PART 1 AMENDMENTS OF THE HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY ACT 1990, 54 (3). Disponível em http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf acesso em 3-01-2017.

iii) Não é igualmente aceitável que a lei não dê solução aos casos em que a gestação não tem o efeito desejado: o nascimento de uma criança normal, saudável (o que pode não suceder, mesmo que não tenham sido detetadas malformações ou doenças fetais), de uma só criança ou de tantas crianças quantas o casal comitente desejou.

A hipótese de desconformidade entre o contrato celebrado e o “resultado humano” produzido, que em si mesma transporta sugestões muito perigosas, pois retoma o mito da adequação do ser gerado aos desígnios dos “progenitores” – uma retoma incómoda, e afastável a todo o transe, de mito da *criança perfeita* e da desconsideração do respeito pela deficiência.

O princípio do superior interesse da criança não pode ser objeto de uma consideração carente de rigorosa densificação. Não é apodítico que os comitentes sejam os melhores protagonistas na assunção da parentalidade: o facto de se desejar uma criança corresponde as mais das vezes a uma vontade intensa e carregada de afetividade que quase garante a parentalidade desejável. Mas não pode ignorar-se que nem sempre assim acontece.

VI. O MITO DA *BONDADE* DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO GRATUITA

A gestação de substituição deverá, nos termos da lei, ser gratuita²⁵, sob pena de incorrerem os comitentes e a gestante em responsabilidade criminal pelo contrato celebrado, o qual nem precisa de ser levado a termo para que a responsabilidade se verifique, uma vez que a tentativa é punível.

A gratuidade não é, contudo, sinónimo ou sequer indício seguro de altruísmo. Pode a gestante de substituição obter outras vantagens, designadamente de ordem profissional.

Ex: A celebra contrato de gestação de substituição com o casal formado por B e C. Após o parto, B, empresária, contrata-a, vindo a gestante a auferir um salário muito

²⁵ Cf. a propósito o caso julgado na Bélgica, Gand, 16 de Janeiro de 1989, T.G.R. 1989, p. 52, *apud* LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION ET L'ÉTAT CIVIL DE L'ENFANT DANS DES ÉTATS MEMBRES DE LA CIEC, pág. 6. Disponível em <http://www.cieci.org/WD210AWP/WD210Awp.exe/CONNECT/SiteCIEC? WWREFERER =http%3A%2> acesso em 3-01-2017.

confortável; ou consegue proporcionar-lhe acesso a emprego, mediante as relações pessoais que tem e a que a gestante, por si, jamais acederia.

Ex: A, gestante, é contemplada no testamento de D, avó da criança nascida. Segundo o Código Civil, a deixa testamentária é válida.

Ex: A, gestante, casa após a gestação com E. O casal comitente vem à convenção antenupcial de A doar-lhe uma quantia significativa. De novo, nada o impede na lei.

Pergunta-se legitimamente: e seria então preferível que o contrato de gestação de substituição fosse permitido a título oneroso? Entendo que não. Mas não desconsidero, nem o desconforto (o farisaísmo, em certos casos) que a gratuidade transporta, nem a necessidade de adjuvar a gratuidade de um apertado mecanismo que assegure a sua identificação com despojamento de interesses materiais. Isso seria teoricamente possível criando um registo de interesses e decorrente ilegitimidade para perceber benesses materiais ou profissionais decorrentes da gestação de substituição, ainda que surjam depois da gestação e de forma encapotada; mas a verdade é que um tal registo não tem como acautelar benesses futuras. O que implica que a gestação de substituição seja assumida na esfera pública e não se aceite como reduto de privacidade. Aliás, o direito da criança gerada ao conhecimento das origens, da sua historicidade pessoal (art.º 26.º, 1 da Constituição) impõe que assim aconteça.

VII. – OUTRAS INFRAÇÕES AO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E À DIGNIDADE DAS MULHERES DECORRENTES DA CONCEPÇÃO LEGAL

Vimos que a lei portuguesa confina a gestação de substituição a casos excecionais. Para além dos problemas de indeterminação já focados, sucede que as situações previstas se traduzem em casos paradigmáticos de deficiência ou deformação orgânica ou de doença da mãe jurídica.

Mas será compatível com o direito das crianças²⁶ o confinamento de uma forma de aceder à vida por este processo singular ao pressuposto de que a *mãe jurídica* tem de ser uma mãe com características clínicas de doença ou próximas da deficiência, expondo na esfera pública algo que deveria resguardar-se no núcleo da intimidade – desde logo, no núcleo de intimidade da mulher, mas subsequentemente, de quem nasce devido ao procedimento?

E é compatível com o princípio da igualdade perante a lei o entendimento de que a gestação de substituição se perfila como um “mal em si”, um crime, que, todavia, se “redime” em casos excepcionais resultantes do interesse da mulher que não pode gerar devido a razões que o legislador elege sem um critério objetivo?

Será correto aceitar a excecionalidade permissiva da gestação de substituição, segundo o qual esta é ilícita e só beneplacitada pela legalidade quando existam motivações de deficiência ou doenças muito contadas a impedir a gestação? Uma espécie de redenção da “culpa” inerente à gestação de substituição como algo “errado” que deixa de o ser, quando a consideração de um muito pouco definido interesse se sobrepõe?

E que interesse é este? Não é o direito à vida de um embrião já existente, pois pode não pré-existir ao procedimento de gestação de substituição qualquer embrião. Será, sim, o interesse de uma pessoa privada de útero ou com doença uterina, uma mulher, que se erige em algo semelhante a uma exclusão da ilicitude potencial do procedimento.

Creio que a vitimização das mulheres renasce por esta via.

Verifica-se, assim: (i) o direito à maternidade de substituição, circunscrito à mulher carente de órgão ou doente; (ii) aliado a um mal definido pelo legislador direito da mulher gestante à disponibilização do seu corpo no contexto aventureiro de uma lei que lhe não reconhece de forma completa as consequências da liberdade inicialmente admitida; (iii) a perpetuação do impedimento aos casais homossexuais masculinos de recorrerem à gestação de substituição, cuja natureza discriminatória não se discute e muito menos, consequentemente, se esclarece; (iv) a indefinição do sentido atribuído ao superior interesse

²⁶ Atende-se, pela sua extrema importância, à Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990.

da criança neste arco legislativo muito complexo e pouco clarificado – constituem uma quádrupla de consequências insondáveis e controvertidas.

É urgente que a Assembleia da República determine ao que veio com a lei e lhe determine os efeitos jurídicos. São direitos humanos muito sensíveis que estão aqui presentes. É uma decisão sobre a reconfiguração da origem da vida humana que está em causa.

VIII. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO LEGAL E DISSEMINAÇÃO DO “TURISMO PROCRIATIVO”

A lei que entrou em vigor em Portugal não tem a virtualidade de pôr fim ao processo de “turismo procriativo”²⁷. Com efeito, estão excluídos do acesso à gestação de substituição os casais que não possam ter filhos por razão imputável a outro elemento do casal (o elemento masculino), tal como o estão os casais em que a razão impeditiva da gestação se entenda não contida na lei.

Afirmou-se que o “turismo procriativo” não é afastado pelos limites alegadamente apertados da lei.

É uma outra dimensão do problema. Com efeito, do ponto de vista de quem pretende recorrer à gestação de substituição, a solução de abertura configurada na lei portuguesa está longe de resolver os casos paradigmáticos de recurso à situação. O que vemos suceder é a vontade de proceder à aquisição de um filho por parte de quem o não pode em razão da idade ou de outros motivos, não considerados “extremos”, e que podem mesmo levar por diante o propósito.

A lei entrada em vigor não é dissuasora da maternidade de substituição no reduto, por si considerado ilícito, que provoca claramente a exploração de mulheres pobres ou

²⁷ A expressão foi recentemente usada pelo juiz Albuquerque, Paulo Pinto de, em apreciação de caso de maternidade de substituição realizada por um casal italiano na Rússia. Na sequência do procedimento, o casal regressou a Itália com o recém-nascido, tendo as autoridades italianas, em nome da ilegalidade da maternidade de substituição em Itália, decidido retirar a criança da sua guarda e declarado o estado de adotabilidade. O Estado italiano foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em primeira instância por violação da vida familiar que entendeu ter havido entre o casal e o pequeno “Teodoro” e recorreu da sentença para o tribunal pleno, aguardando-se a decisão. Disponível em http://www.menschenrechte.ac.at/orig/15_1/paradiso.pdf acesso em 3-01-2017, <http://rivista.eurojus.it/il-caso-paradiso-e-campanelli-c-italia-di-fronte-alla-grande-chambre-della-corte-edu/> acesso em 3-01-2017.

coagidas à sua prática, em condições a ponto de colocar em perigo a sua vida. Por um lado, porque os meios existem, porque há países em que a lei alarga os pressupostos do procedimento e onde um casal se pode deslocar. E a inflexibilidade dos casos de permissão, longe de criar uma consciência proibicionista ou de contribuir para uma visão antiética da maternidade de substituição mais alargada, ou favorece a revolta pelas limitações legais, ou deixa indiferente quem pretenda aceder a meios científicos que continuam, como é inevitável, a estar disponíveis – e que o desenvolvimento das ciências médicas apenas pode incrementar.