

# O CONCEITO DE VIDA FAMILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM FACE A TURISMO REPRODUTIVO E MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO (A PROPÓSITO DA DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO DE 24 DE JANEIRO DE 2017, *PARADISO ET CAMPANELLI C. ITALIE*, QUEIXA N.º 25358/12)

MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA

**Resumo:** a autora parte do caso *Paradiso et Campanelli c. Italie*, apreciado no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: uma criança nasce, por maternidade de substituição, fora do país de origem do casal contratante, sem material genético de nenhum dos comitentes. Por não ser filha biológica dos comitentes da gestação de substituição e ter sido rejeitada à nascença pela gestante, foi considerada em “estado de abandono”. Em torno deste caso, discute-se o conceito de maternidade de substituição, que a autora não considera desenhado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, perante os fenómenos do turismo reprodutivo e da maternidade de substituição. Analisa-se a decisão do tribunal pleno quanto ao referido conceito (nas dimensões de vida privada e de vida familiar) e realça-se o paradoxo da separação imposta, em nome do superior interesse da criança, entre esta e as pessoas que cuidavam de si e a amavam. Apresenta-se uma reflexão crítica quanto a aspetos relevantes que podem ter ficado na sombra da decisão (impossibilidade do conhecimento das origens; reconhecimento do direito à continuação das relações afectivas; validade e efeitos do acordo relativo à maternidade de substituição). Questiona-se o caso do ponto de vista da criança e da sua eventual vontade (ou direito?) ao conhecimento da própria história pessoal e à relação com as pessoas que modelaram esse trajecto, comparando os interesses da criança e da mãe. Por fim, apresenta-se o problema do indesejável tratamento discriminatório em razão do género e em razão da idade a que os regimes jurídicos podem conduzir nesta matéria, procurando um equilíbrio entre o ímpeto familiarista e o respeito pelos direitos humanos, em tema jurídico, pessoal, familiar e social particularmente sensível.

**Palavras-chave:** Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; maternidade de substituição; turismo reprodutivo; direitos fundamentais; princípio da igualdade; superior interesse da criança.

## (DO CASO)

Em *Paradiso et Campanelli c. Italie*, a criança que nasce por maternidade de substituição fora do país de origem do casal contratante não tem material genético de nenhum dos comitentes. O líquido seminal pertencente a Giovanni Campanelli, alegadamente transportado para a Rússia pela sua mulher, Donatina Paradiso, não chegou a ser utilizado na formação dos embriões implan-

tados no útero da gestante. Teodoro, por não ser filho biológico dos comitentes da gestação de substituição e ter sido rejeitado à nascença pela gestante, foi considerado em “estado de abandono”.

## I. INTRODUÇÃO. O QUE HÁ DE NOVO SOBRE O CONCEITO DE VIDA FAMILIAR DO ART.º 8.º DA CEDH EM DECISÕES RECENTES DO TEDH?

O conceito de vida privada e familiar do art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) é um dos mais complexos, turbulentos e desafiantes com que o Tribunal Europeu tem lidado nas suas decisões. E compreende-se bem que assim aconteça. Pois ele revela, por um lado, a complexidade das matérias envolvidas, em razão do carácter mutante da família, o qual, endémico e conatural à sua existência histórica, se vem manifestando com particular intensidade a partir dos anos sessenta do século passado. E revela por igual a preocupação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), confrontado com um universo de países signatários da Convenção que têm percepções desiguais a seu respeito, em não descurar os direitos das pessoas envolvidas em cada decisão que levanta o problema da subsunção de um caso à protecção do direito à vida privada e familiar — a ponto de, por algumas vezes, se questionar, fundadamente, sobre a existência de sobrelevarem, no entendimento de Estrasburgo, os direitos das pessoas aos direitos da vida familiar que terão estado na égide da formulação deste preceito difuso e muito complexo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> É deveras ilustrativo da natureza múltipla das considerações que o TEDH convoca para aferir a existência de “vida familiar” nos termos do art.º 8.º da CEDH o caso *Yilmaz c. Alemanha*, de 17 de Abril de 2003 (queixa n.º 52853/99). O TEDH confrontou-se com o direito de um jovem com antecedentes criminais a permanecer na Alemanha, país em que residia como filho de emigrantes de primeira geração, quando foi alvo de medida de extradição para a Turquia, da qual recorreu. Sendo certo que Yilmaz tinha a família mais próxima a residir na Alemanha (viviam na Turquia os avós, com os quais o seu contacto era escasso) e era pai de uma criança nascida na Alemanha, a verdade é que o seu contacto com a família residente na Alemanha era manifestamente reduzido: a ponto de quase o não possuir com o filho, de cuja mãe estava separado. No entanto, o TEDH foi sensível a factores como a viabilidade de aproximação subsequente ao filho, mas, também, à ligação cultural à Alemanha, o seu lugar de crescimento e educação e — retira-se da decisão — da mais provável inserção pessoal e reabilitação do jovem delinvente neste país. A decisão centra-se a tal ponto no interesse pessoal de Yilmaz, acima das ligações familiares, que pondera muito mais uma eventual nova oportunidade para o jovem do que a sua vida familiar actual. A preponderância dos interesses de Yilmaz sobre quaisquer outros leva a admitir que em *Yilmaz c. Alemanha* o TEDH assumiu um conceito de família muito menos de carácter institucional do que pessoal. Um conceito de família que confirma as palavras assertivas de Olivia Egdell-Page: «O significado do Direito da família é inteiramente subjectivo e retira-se da experiência pessoal». Cf. *THE CONCEPT OF FAMILY LAW: UNDERSTANDING THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND FAMILY*, Olivia Egdell-Page — North East Law Review, 2015 — HeinOnline. Disponível em “<https://research.ncl.ac.uk/media/sites/researchwebsites/northeastlawreview/Olivia%20Egdell-Page%20-%20Concept%20of%20Family%20Law.pdf>”

O conceito de vida familiar evoluiu intensamente, pelos motivos equacionados, desde que o TEDH começou a deparar-se com as novas realidades familiares existentes nos Estados signatários da Convenção. O TEDH foi apreciando sucessivamente situações em que as relações familiares não se fundavam no casamento, instituição que tradicional e maioritariamente funda a família, mas também em relações familiares *de facto* caracterizadas por estabilidade; as relações entre casais heterossexuais ou do mesmo sexo; as relações entre pessoas unidas por vínculos de sangue mas sem qualquer reconhecimento jurídico deste vínculo<sup>2</sup>. Depois, surgiram decisões sobre os direitos de um membro de casal homossexual adoptar crianças descendentes do seu companheiro<sup>3</sup>.

A pluralidade intrínseca ao conceito de vida familiar mostrou recentemente uma faceta não menos dramática e desconhecida até então.

Do que se trata agora é de saber se o recurso à maternidade de substituição, a qual se vem praticando desde as últimas décadas do século XX por meios de procriação medicamente assistida e é considerada ilícita pela grande maioria dos Estados signatários da CEDH, deve fundar vida familiar e/ou obrigar um Estado ao estabelecimento da filiação da criança, no momento em que o casal que recorreu ao procedimento num país em que ele é lícito, volta ao seu país de origem, onde a mesma licitude não é reconhecida, e pretende estabelecer aí a parentalidade da criança.

---

(acesso em 10 de Março de 2017). Cf. *Yilmaz c. Allemagne*. Disponível em “<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-65590?TID=ydhbwarsmb>” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>2</sup> Cf. os casos *Marckx c. Belgique*, de 13 de Junho de 1979, § 31 (queixa n.º 6833/74), em que o TEDH afirma a não distinção entre família legítima e ilegítima; *Kroon et autres c. Pays-Bas*, de 27 de Outubro de 1994, § 30 (queixa n.º 18535/91), em que o tribunal, a despeito da inexistência de coabitação com carácter permanente entre um casal, reconhece a vida familiar deste e dos filhos nascidos da relação; *Johnston et autres c. Irlande*, de 18 de Dezembro de 1986, § 56 (queixa n.º 9697/82), que afirma que, vivendo um casal junto há quinze anos, beneficia da protecção própria do casamento; *Keegan c. Irlande*, de 26 de Maio de 1994, § 44 (queixa n.º 16969/90), que assume a existência de vida familiar entre uma criança e os seus progenitores, mesmo que estes estejam separados já no momento do nascimento; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, de 22 de Abril de 1997, § 36 (queixa n.º 21830/93), que atende à existência de vida familiar quando um casal vive junto e tem descendência (entre outros factores não enunciados); *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, de 28 de Maio de 1985, § 62 (queixa n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81), que de novo realça a coabitação entre um casal como pressuposto de existência de vida familiar; *Pini et Bertani & Manera et Atripaldi c. Roumanie*, de 22 de Junho de 2004, § 148 (queixas n.ºs 78028/01 e 78030/01), que reconhece a legitimidade de um casal que coabita estavelmente para recorrer à adopção internacional; *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, de 28 de Junho de 2007 (queixa n.º 76240/01), que reconhece a uma pessoa singular o direito de adoptar plenamente uma criança.

<sup>3</sup> Cf. *X and others v. Austria*, de 19 de Fevereiro de 2013 (queixa n.º 19010/07), que veio reconhecer o direito a um membro de casal homossexual, vivendo em união de facto, de adoptar o filho do seu companheiro. Disponível em “<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-116735>” (acesso em 10 de Março de 2017). Anteriormente, em *Schalk and Kopf v. Austria*, de 22 de Novembro de 2010 (queixa n.º 30141/04), o TEDH afirmara não competir ao tribunal pronunciar-se sobre a proibição por um Estado membro do casamento de pessoas do mesmo sexo. Disponível em “<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-99605?TID=fkiivbhxtc>” (acesso em 10 de Março de 2017).

Refiro decisões vindas a lume entre 2014 e o princípio de 2017: os casos *Menesson c. France*<sup>4</sup> e *Labassee c. France*<sup>5</sup>, de 26 de Junho de 2014, *Foulon et Bouvet c. France*, de 21 de Outubro de 2016<sup>6</sup>, *Laborie c. France*, de 19 de Janeiro de 2017<sup>7</sup>, e, por último, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, julgado em 1.ª instância em de 27 de Janeiro de 2015<sup>8</sup> e pelo tribunal pleno em 24 de Janeiro de 2017<sup>9</sup>.

É sobre *Paradiso et Campanelli c. Italie* que recai aqui a atenção, pela singularidade que reveste.

Com efeito, as demais decisões colocam problemas menos dilemáticos.

Existe nelas um denominador que conduz Estrasburgo a não colocar em questão a vida familiar entre as pessoas singulares ou casais comitentes de maternidade de substituição e os menores.

Assim, em *Menesson c. France*, *Labassee c. France*, *Foulon et Bouvet c. France* e *Laborie c. France* citados<sup>10</sup> as crianças foram geradas com material genético de um dos comitentes, razão pela qual a França não questionou a filiação; e, assim, tanto os comitentes como elas se apresentaram ante o TEDH<sup>11</sup>.

O que os tribunais franceses haviam questionado fora a obrigação de proceder ao registo das crianças em França e à correspectiva menção de parentalidade, uma vez que esta não obedecia aos requisitos legais franceses, país onde o processo de gestação de substituição não é permitido.

As decisões da primeira instância do TEDH condenaram a França com base no argumento de que o direito à vida privada das crianças fora desrespeitado, na medida em que compreende uma dimensão de “direito à identidade”, que tem como consequência a obrigação de transcrever a filiação da

<sup>4</sup> *Menesson c. France*, 5.ª secção, de 26 de Julho de 2014 (queixa n.º 65192/11). Disponível em “<http://www.ieb-eib.org/fr/pdf/cedh-menesson-c-france.pdf>” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>5</sup> *Labassee c. France*, 26 de Julho de 2014, 5.ª secção (queixa n.º 65941/11). Disponível em “<http://www.ieb-eib.org/fr/pdf/cedh-labassee-c-france-gpa.pdf>” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>6</sup> Queixas n.ºs 9063/14 e 10410/14. Disponíveis em “[http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-164968"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{)” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>7</sup> Queixa n.º 44024/13. Disponível em “[http://www.lagbd.org/index.php/Arr%C3%AAAt\\_de\\_la\\_CEDH,\\_AFFAIRE\\_LABORIE\\_c.\\_FRANCE\\_\(eu\)](http://www.lagbd.org/index.php/Arr%C3%AAAt_de_la_CEDH,_AFFAIRE_LABORIE_c._FRANCE_(eu))” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>8</sup> Queixa n.º 25358/12. Disponível em “[http://www.menschenrechte.ac.at/orig/15\\_1/paradiso.pdf](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/15_1/paradiso.pdf)” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>9</sup> Queixa n.º 25358/12. Disponível em “<http://www.ieb-eib.org/en/pdf/20170123-cedh-paradiso.pdf>” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>10</sup> *Supra*, notas 4, 5, 6 e 7.

<sup>11</sup> No caso *Menesson c. France* foram requerentes os senhores Dominique e Sylvie Mennesson, de nacionalidade francesa, casados, e Valentina e Fiorella Mennesson, gémeas de nacionalidade norte-americana nascidas em 2000 na Califórnia. No caso *Labassee c. France* foram requerentes o senhor Francis Labassee e a senhora Monique Labassee, casados, bem como Juliette Labassee, americana, nascida em 2001 no Minnesota. Em *Foulon et Bouvet c. France* foram requerentes o senhor Didier Foulon e Emilie Sanja Lauriane Foulon, nascida na Índia em 2009, e o senhor Philippe Bouvet e os gémeos Adrien Bouvet e Romain Bouvet, nascidos na Índia em 2009. Em *Laborie c. France* foram requerentes a senhora Karine Laborie e o senhor Fabrice Laborie, bem como os gémeos Manon Laborie e Matéo Laborie.

pessoa com quem se possui ligação biológica, não obstante a proibição, pelo Estado francês, do processo pelo qual foi gerada.

O Estado francês não recorreu para o tribunal pleno.

## II. SINGULARIDADE DE *PARADISO ET CAMPANELLI C. ITALIE*

Em *Paradiso et Campanelli c. Italie*, os problemas suscitados ante o tribunal são desiguais relativamente aos demais casos de maternidade de substituição ocorrida no estrangeiro. A criança que nasce não tem material genético de nenhum dos comitentes. O líquido seminal pertencente a Giovanni Campanelli, alegadamente transportado para a Rússia pela sua mulher Donatina Paradiso, não chegou a ser utilizado na formação do embrião. Teodoro, por não ser filho biológico de nenhum dos comitentes da gestação de substituição, não foi representado por estes<sup>12</sup>.

Não obstante, a 1.<sup>a</sup> instância (2.<sup>a</sup> Secção) afirmou, em 27 de Janeiro de 2015, a existência de vida familiar dos Campanelli com o pequeno Teodoro.

Esta decisão representou uma tomada de posição verdadeiramente inédita quanto à extensão do conceito de vida familiar, por isso que admitiu a sua existência mesmo num caso em que à ausência de vínculo biológico se aliava escasso tempo de vida em comum e a falta de base jurídica a sustentar a ligação entre os comitentes e a criança.

A inovação decisória reflectiu-se no modo como o Estado italiano reagiu à decisão de Estrasburgo. Diferentemente do que sucedeu em todos os outros casos, em que a França, não obstante proibir a maternidade de substituição, decidiu acatar a decisão do TEDH, em *Paradiso et Campanelli c. Italie* o Estado italiano, inconformado com o carácter amplo da interpretação do conceito de vida familiar do art.º 8.º feita pela 1.<sup>a</sup> instância, em virtude da qual fora condenado a indemnizar Paradiso e Campanelli pelos danos morais sofridos pela violação deste direito quando a vida familiar com Teodoro cessou, recorreu para o tribunal pleno.

O tribunal pleno reavaliou a questão, estruturando critérios para que o direito à vida familiar se sustente em exigências superiores e cumulativas, como se verá.

A atenção concentra-se na decisão de 24 de Janeiro deste ano.

<sup>12</sup> Lê-se na decisão: «49. (...) O Tribunal observa em primeiro lugar que os requerentes não possuem qualquer ligação biológica com a criança. Independentemente da questão de saber se o certificado de nascimento emitido na Rússia produziu efeitos em Itália e quais, a criança foi colocada sob tutela a partir de 20 de Outubro de 2011 e foi representada pelo tutor em todos os processos internos. O processo de reconhecimento da filiação não teve provimento e a criança possui uma nova identidade e uma nova certidão de nascimento (...). 50. Nestas circunstâncias, o Tribunal considera que os requerentes não podem agir ante o Tribunal em nome da criança (...)».



### III. SÚMULA DO CASO

Procede-se a uma síntese dos factos que originaram a apreciação pelo TEDH.

#### 1. O problema que desencadeia a decisão da primeira instância em 27 de Janeiro de 2015

- a) *Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, de nacionalidade italiana, casados, nascidos, respectivamente, em 1967 e em 1955, tendo reconhecido a sua impossibilidade de procriar, haviam pretendido adoptar uma criança de tenra idade em Itália.*
- b) *Em 2006, as autoridades italianas, não obstante reconhecerem a idoneidade deste casal para aceder à adopção internacional, vedaram-lhe a adopção de uma criança muito pequena, como desejavam, pois tais adopções, de acordo com o entendimento legislativo italiano, são acessíveis a casais mais jovens.*
- c) *Inconformados, Paradiso e Campanelli optaram por recorrer à maternidade de substituição. E, sendo esta proibida em Itália, resolveram, em 2010, concretizá-la na Rússia (país em que a maternidade de substituição é lícita) e realizar o procedimento em Moscovo.*
- d) *Donatina Paradiso viajou para Moscovo, transportando consigo o material genético do marido (transporte que se processou em termos ilícitos, de acordo com a lei italiana) e dirigiu-se à sociedade Rosjurconsulting, com a qual o casal celebrou o contrato de maternidade sub-rogada.*
- e) *Ocorrida uma fecundação in vitro, em 19 de Maio de 2010, implantaram-se dois embriões, alegadamente obtidos a partir do fluido seminal de Giovanni Campanelli e de doadora anónima, no útero de uma gestante russa. Não houve, assim, por parte da gestante, nenhuma ligação genética com o material implantado.*
- f) *Em 27 de Fevereiro de 2011, numa clínica de Moscovo, a gestante daria à luz uma criança do sexo masculino, na presença da senhora Paradiso. E renunciou à criança, logo no dia do nascimento, por declaração que consta do processo:*

*«Eu, abaixo assinada (...), dei à luz um rapaz na maternidade (...) de Moscovo. Os pais da criança são um casal italiano, Giovanni Campanelli, nascido em (...) e Donatina Paradiso nascida em (...), que declararam por escrito pretender implantar os seus embriões no meu útero. Nesta base, e de acordo com a alínea 5 do parágrafo 16 da lei federal sobre o estado civil e de acordo com a alínea 4 do parágrafo 51 do código da família, dou o meu consentimento para a inscrição, na certidão de nascimento, do casal como pais da criança que gerei (...).»*

- g) *A 10 de Março de 2011, de acordo com a lei russa, a criança foi registada, constando Paradiso e Campanelli como seus pais. A certidão de nascimento omitiu o recurso à maternidade de substituição; a mesma certidão foi autenticada nos termos das disposições da Convenção da Haia, de 5 de Outubro de 1961, Relativa à Supressão dos Actos Públicos Estrangeiros.*
- h) *Dois meses após o nascimento, a 30 de Abril de 2011, a senhora Paradiso regressava a Itália, trazendo consigo a criança, à qual fora dado o nome de Teodoro.*
- i) *Poucos dias após a sua chegada a Itália, o consulado italiano em Moscovo comunicava às autoridades italianas (a saber: ao Tribunal de Menores de Campobasso; ao Ministério dos Negócios Estrangeiros e à Prefeitura da cidade de Colletorto) que a certidão de nascimento de Teodoro continha informações falsas: pois a criança nascera em virtude de maternidade sub-rogada.*
- j) *Na sequência da comunicação, Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli foram alvo de acção penal pelos crimes de alteração do estado civil (art.º 567.º do Código Penal italiano) e de falsas declarações (art.ºs 489.º e 479.º do mesmo Código Penal). Foram igualmente acusados de violação do art.º 72.º da lei italiana sobre adopção (Lei n.º 183/1984).*
- l) *O Tribunal de Menores de Campobasso decidiu, em 20 de Outubro de 2011, retirar a criança ao casal Campanelli; tal decisão veio a ser confirmada em 28 de Fevereiro de 2012. A decisão que retirou a criança ao casal Paradiso e Campanelli fundamentou-se em a criança se encontrar desprovida de ambiente familiar, nos termos da lei da adopção internacional. Os decisores tiveram em consideração, no fundamento da decisão referenciada, três aspectos:*
  - 1) *O facto de a criança haver nascido de pais biológicos desconhecidos, uma vez que os testes de ADN entretanto realizados não identificavam Giovanni Campanelli como seu pai;*
  - 2) *O facto de a gestante haver renunciado à criança que dera à luz;*
  - 3) *Os comportamentos contrários à lei praticados pelo casal, uma vez que Teodoro fora trazido por Paradiso e Campanelli para Itália por recurso a comportamentos ilícitos de acordo com o Direito italiano: imputando-lhe a qualidade de filho biológico e violando a lei de adopção internacional, bem como a lei sobre procriação medicamente assistida; e tendo praticado, como se observou, também ilícitos criminais.*

*O Tribunal afirmava que se verificava no caso um desejo narcisista do casal, que acima de tudo pretendia resolver problemas pessoais através da obtenção da criança, desejo esse que representava a*

*contra-imagem de um propósito saudável, altruísta, de cuidar de uma criança e de a educar.*

- m) *Teodoro, considerado em “estado de abandono”, foi integrado numa casa de acolhimento, com vista a ser adoptado.*

*A sua identidade foi alterada em 2013 e, à data da apreciação do caso pelo TEDH, evidenciava adaptação à nova situação.*

- n) *Paradiso e Campanelli recorreram em 27 de abril de 2012, em seu nome e em nome da criança, Teodoro, nos termos do art.º 34.º CEDH para o TEDH.*

*Invocaram violação do art.º 8.º da CEDH. Nos termos do preceito, e sob a epígrafe “Direito ao respeito pela vida privada e familiar”, afirma-se:*

«1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros».

- o) *Foi entendimento do TEDH, na decisão:*

1) *Reconhecer a violação do art.º 8.º da CEDH pelo Estado italiano, dado que não se encontravam reunidos os pressupostos para ingerência por autoridade pública no exercício deste direito, nos termos do n.º 2 do preceito, e sendo que houvera vida familiar entre o casal e a criança nascida na Rússia.*

2) *Reconhecer também que não havia agora, por parte das autoridades italianas, obrigação de entrega da criança ao casal comitente da maternidade sub-rogada, uma vez que a criança encontrara um ambiente familiar apropriado.*

3) *Impor ao Estado italiano a obrigação de indemnizar Paradiso e Campanelli pelos danos morais sofridos em razão da violação do seu direito à vida familiar.*

*A interpretação do art.º 8.º realizada então pelo TEDH do conceito de «vida familiar» não difere, em muitos aspectos, daquele que vem proferindo noutras decisões.*

*Com efeito, o TEDH sustentou que a noção de vida familiar aí contida não se circunscreve às relações baseadas no casamento, mas pode igualmente integrar relações familiares de facto, no pressuposto de que os membros coabitem e a relação tenha consistência.*



*Porém, no que respeitou a Paradiso, Campanelli e Teodoro, o TEDH reconheceu a existência de vida familiar, apesar da inexistência de ligação biológica entre a criança e os cuidadores. E, sendo assim, o afastamento levava a imputar ao Estado italiano a violação do direito vertido no art.º 8.º da CEDH, não obstante o período de convivência com o menor ter sido muito exíguo. Este foi o fundamento da obrigação de indemnizar o casal.*

- p) *A decisão, tirada com dois votos contra, encontrou na declaração dos dois juízes vencidos (Raimondi e Spano)<sup>13</sup> a opinião de que fora feita uma interpretação excessivamente ampla ao conceito de «vida familiar» do art.º 8.º.*

*Entenderam assim esses juízes, dado que, na raiz da coabitação entre Paradiso e Campanelli e o recém-nascido estivera a prática de actos ilícitos, e entre eles, sobretudo, o recurso à prática da maternidade de substituição, que a lei italiana proíbe.*

*Sublinharam que o n.º 1 do art.º 8.º da CEDH não pode ser interpretado como norma que consagra a existência de «vida privada e familiar» entre uma criança e pessoas desprovidas de qualquer laço biológico com a mesma criança, quando se verifique que a origem da convivência tem subjacente a guarda da criança baseada em comportamentos ilegais e contrários à ordem pública do Estado. Este aspecto deverá, no seu entendimento, ser tido em linha de conta no juízo de proporcionalidade que o art.º 8.º impõe, o que em sua opinião a maioria desconsiderara.*

## **2. O RECURSO PARA O TRIBUNAL PLENO E A AUDIÊNCIA DE 9 DE DEZEMBRO DE 2015**

O Estado italiano recorreu da decisão para o tribunal pleno, que apreciou, como foi referido *supra*, o caso em 9 de Dezembro de 2015.

- a) *A primeira advertência feita por um advogado de Paradiso e Campanelli foi de que o tema em apreciação não era a maternidade sub-rogada, que no caso se verificara, mas sim a legitimidade das autoridades italianas no momento em que apartaram o menor dos comitentes.*

*Ou seja: tratava-se de saber se houvera por esse motivo uma ingerência na vida privada e familiar do casal e da criança, o que em sua opinião sucedera.*

---

<sup>13</sup> Cf. ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINION SEPARÉE. OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE DES JUDGES RAIMONDI ET SPANO, pp. 31-34.

- b) *A defesa de Paradiso e Campanelli afirmou, ademais, que existira, não só um projecto familiar, como vida familiar entre o casal e a criança. Por isso, considerava extrema e desproporcionada a medida que determinara o afastamento de Teodoro de Paradiso e Campanelli, tomada em Itália.*
- c) *O Estado italiano sublinhou, por seu lado, que os queixosos haviam violado intencionalmente a lei da adopção; e que, caso a decisão dos tribunais italianos tivesse sido diferente da que fora tomada e favorável à pretensão do casal, redundaria em avalizar o tráfico de menores inerente a tal comportamento. Igualmente foi alegado que o transporte de líquido seminal para a Rússia fora ilegal do ponto de vista da lei italiana.*
- d) *De entre as questões colocadas pelos juízes, salienta-se ter sido aventada a hipótese de encontrar a solução para o caso no art.º 23.º do Regulamento Bruxelas II bis, segundo o qual a protecção da ordem pública proíbe o turismo reprodutivo<sup>14</sup>. Foi igualmente questionado por vários juízes o fundamento último da decisão das autoridades italianas: se esta teria sido tomada no superior interesse da criança ou antes devido ao receio de ratificar comportamentos ilegais sucessivos por parte do casal.*

### 3. A SENTENÇA DO TRIBUNAL PLENO DE 24 DE JANEIRO DE 2017

A sentença proferida pelo tribunal pleno difere substancialmente, como se adiantou *supra*, da anterior.

Assim:

- a) *Ao analisar a existência de vida familiar, o tribunal pleno afirma que esta supõe a existência de casamento ou de relações de facto com consistência bastante. Considera que o art.º 8.º da CEDH não reconhece o desejo de fundar uma família, pressupondo, sim, a existência de uma família constituída<sup>15</sup>. Sublinhando que os tribunais italianos haviam reconhecido implicitamente o exercício de responsabilidades parentais dos Campanelli face à criança, pois de outra forma não se explica o pedido de suspensão, conclui que essa responsabilidade parental foi precária, dado que não havia laços*

<sup>14</sup> Reproduz-se a norma relevante para o caso do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de Novembro: «Art.º 23.º: Uma decisão em matéria de responsabilidade parental não é reconhecida: a) Se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido, tendo em conta o superior interesse da criança».

<sup>15</sup> Cf. § 141. «O respeito da 'vida familiar' não protege a mera vontade de fundar uma família; pressupõe a existência de uma família». A asserção louva-se em decisões anteriores do TEDH e encontra-se já na decisão da 1.ª instância.

*biológicos com Teodoro e que o relacionamento com a criança se baseara em comportamentos ilícitos. Conclui pela recusa de vida familiar tendo em conta três factores cumulativos: ausência de laços biológicos, duração curta da coabitação entre o casal e a criança e carácter ilícito dos fundamentos dessa mesma coabitação*<sup>16</sup>.

- b) *Por outro lado, do mesmo passo que nega o reconhecimento de vida familiar, considera ter havido ingerência na vida privada. Tratando-se, no seu entender, de uma noção ampla, não vislumbra motivo para denegar a sua aplicação a um casal que desenvolve laços afectivos profundos com uma criança*<sup>17</sup>.
- c) *Tendo havido, em seu entender, ingerência na vida privada, e não rejeitando que estão em causa aspectos tão sensíveis como a adopção, a guarda de criança e a gestação de substituição, conclui que os Estados membros gozam de uma margem de apreciação ampla nesta matéria. Ora, no momento de decidir sobre o direito do casal ao seu desenvolvimento pessoal com a criança e através dela, o tribunal pleno tem em conta:*

- a) O móbil de interesse público e de protecção das pessoas que o Estado italiano prossegue ao proibir a gestação de substituição;
- b) Que a conclusão judicial italiana de que a separação da criança e a sua institucionalização não representariam um prejuízo lesivo do seu superior interesse, uma vez que este não deve reconduzir-se a um conceito estereotipado<sup>18</sup>; que a ausência de dano grave para a criança justificava a tomada de posição que foi adoptada, ao proceder à separação. E, desta sorte, afasta a violação do direito à vida privada pelo Estado italiano.

#### **IV. DA DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO: DUAS CONCLUSÕES QUESTIONÁVEIS**

A decisão do tribunal pleno, colidindo frontalmente com a que fora proferida pela 2.<sup>a</sup> Secção no que respeita ao conceito de vida familiar do art.º 8.º, possui duas conclusões que se afiguram merecedoras de grande atenção.

---

<sup>16</sup> Lê-se na decisão: «157. Tendo em conta...a ausência de qualquer nexo biológico entre a criança e os pais de intenção, a curta duração da relação e a precariedade das relações jurídicas, e apesar da existência de um projecto parental e da qualidade dos laços afectivos, o tribunal considera que não estavam preenchidas condições de modo a preencher os requisitos de existência de vida familiar *de facto*».

<sup>17</sup> Cf. § 161: «O Tribunal considera que não há qualquer razão válida para excluir da noção de vida privada a existência de laços afectivos que unam um adulto e uma criança fora das relações clássicas de parentalidade. Este tipo de relações releva igualmente da vida e da identidade pessoal das pessoas». (pág. 40).

<sup>18</sup> Cf. § 210: «Os tribunais [italianos] concluíram que a separação da criança não representaria [para esta] um dano irreparável» (pág. 49).

## 1. Entendimento acerca do conceito de vida privada e familiar do art.º 8.º da CEDH

O primeiro ponto reside na importância que comete ao direito à vida privada e familiar inscrito no art.º 8.º.

### a) *Vida privada*

Resulta claro da decisão que ao conceito de vida privada é conferida ênfase especial no caso. O TEDH afirma que não subestima «...o impacto que a separação imediata e irreversível da criança terá tido para o casal (...). O Tribunal não saberia ignorar a dor moral daqueles cujo desejo de parentalidade não foi ou não pode ser satisfeito»<sup>19</sup>.

Embora venha a considerar que este direito à vida privada não prevalece, no caso, em nome do — por si alegado<sup>20</sup> — superior interesse da criança, reconhece sem dúvida o direito.

### b) *Vida familiar*

Já o conceito de vida familiar que o tribunal pleno sustenta é muito mais restrito do que o da 1.ª instância.

Tem-se dito que o art.º 8.º possui uma concepção envolvente<sup>21</sup> ou nebulosa<sup>22</sup> da vida familiar, que não se compadece com determinação rigorosa.

O tribunal pleno toma em consideração três factores:

- i) A curta duração da relação entre o casal e a criança;
- ii) A ausência de vínculo biológico;
- iii) A desconformidade à lei italiana que se verificava quanto à relação entre o casal e a criança nascida na Rússia e que ali lhe fora entregue.

É certo que o tribunal não entende satisfatório cada critério de *per si* para sustentar a ausência de vida familiar.

<sup>19</sup> Cf. § 215 (conclusão), pág. 50.

<sup>20</sup> Sobre o argumento invocado cf. *infra*, IV. 2.

<sup>21</sup> Cf. Levinet, M., “L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, pág. 109.

<sup>22</sup> Sudre, F., «rapport introductif», in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit & Justice, n.º 38, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2002, pág. 28. Para uma apreciação global do conceito, cf. Docquir, Pierre-François, “Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour?”, Março de 2004, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 60/2004, pp. 921-950.

Assim:

- entende que o tempo de coabitação da criança com o casal foi curto, mas reconhece que o tempo cronológico não é um padrão de medida do tempo afectivo idóneo ao estabelecimento de laços familiares;
- admite que a ausência de vínculo biológico é muito relevante, mas admitira a sua não consideração noutros casos (adopção, permanência entre a criança e o casal por tempo longo); e
- tem em conta a ausência de base legal a sustentar a mesma convivência, mas considera possível que esta não exista em casos em que a vida familiar é admissível.

Conclui-se que não há um conceito preciso de vida familiar a sustentar a decisão, mas, antes, a apresentação de uma *imagem global*, resultante de critérios que foram ponderados conjuntamente.

Teria sido diferente a decisão, caso a criança tivesse permanecido com o casal por três anos? Nada garante que o tribunal não tivesse decidido de outro modo. E se houvesse vínculo biológico, não obstante a maternidade de substituição ser ilícita em Itália? Fica a suspeita, senão mesmo a certeza, de que a decisão não teria diferido dos casos antes mencionados. E a desconformidade à lei constituiu, deste modo, um factor que reforça, mas não fundamenta, a decisão.

Deste modo, a tibieza do conceito de vida familiar mantém-se nesta decisão.

Por outro lado, ao indeferir o reconhecimento de vida familiar quando uma criança nasce por meios de procriação medicamente assistida e carece de ligação biológica a pelo menos um dos comitentes que reivindica a filiação, o TEDH afirma, implicitamente, que a gestação de substituição heteróloga praticada no estrangeiro não constitui fonte de relação familiar.

Mas concluindo desta sorte, pressupõe que a mesma maternidade de substituição não é por si considerada atentado ao direito à vida familiar que a CEDH consagra, pois que é uma vez mais, nesta decisão, implicitamente admitida a vida familiar entre um casal e uma criança que possua material genético apenas de um dos comitentes e desconsiderando a figura da mulher que gerou, o seu protagonismo — a sua existência e dignidade. É admitida implicitamente: o tribunal pleno estabelece a diferença específica entre o caso decidendo e os *supra* citados casos *Menesson c. France* e *Labassee c. France*, em que a vida familiar não foi questionada<sup>23</sup>, sendo que as crianças

<sup>23</sup> «132. O tribunal sublinha que nos casos *Menesson c. France* (n.º 65192/11, CEDH 2014...) e *Labassee c. France* (n.º 65941/11, 26 de Junho de 2014), dois casais de pais de intenção tinham recorrido à gestação de substituição nos Estados Unidos e se tinham instalado com os seus *filhos* em França. Nestes casos, a existência de uma ligação biológica entre o pai e as crianças fora comprovada». (itálico meu).



tinham material genético de um dos membros do casal e a mãe biológica não coincidia com a mãe jurídica.

Ou seja, no entendimento do TEDH, a vida familiar resultante de gestação de substituição é sempre reconhecida quando uma pessoa singular, casada, ou unida de facto, contrata com uma mulher a gestação de uma criança, fornecendo o seu material genético para esse efeito. Desde que isto suceda, aceita-se a ficção de parentalidade por parte de todos os comitentes envolvidos no contrato com a gestante, ainda que apenas um destes comitentes e a gestante tenham contribuído para a gestação. E, assim, a gestação de substituição redonda num contrato em que duas pessoas em situações diametralmente opostas vêem os seus papéis parentais invertidos. A mulher que gera a criança não é considerada sua mãe; um comitente (em regra do sexo feminino) que não contribui geneticamente para a formação do embrião assume a parentalidade jurídica, reflexa da parentalidade biológica do seu cônjuge ou companheiro.

À primeira vista, a solução não privilegia nenhum dos comitentes em razão do sexo. Mas, atendendo a que a gestante é sempre uma mulher e que a gestação por regra se realiza com material genético do comitente masculino, conclui-se que a identificação da vida familiar resulta paradigmaticamente de ocorrência em que um homem acede à paternidade genética através de uma terceira mulher, cuja identidade em regra se ignora ou subestima posteriormente, e obtém o reconhecimento desta paternidade e da responsabilidade parental conjuntamente com a sua companheira, sem outra intervenção por parte desta última que não a que resulta do seu consentimento para a gestação de substituição<sup>24</sup>.

Por outro lado, o TEDH não tem, de novo, nesta decisão, em consideração o vínculo que existiu entre a criança e a mulher que a gerou, o modo como esta renunciou à criança (de forma livre e consciente ou não) e, também, o direito da criança à sua ligação familiar com a mãe de substituição, ao seu conhecimento, um conhecimento que é corolário do direito ao conhecimento das origens, inscrito na Convenção dos Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Observa Pateman, Carole, sobre a maternidade de substituição nestes casos paradigmáticos: «[a]s ironias nunca vergam em matéria de mulheres e contratos. Após a longa história de exclusão das mulheres da contratação, o contrato de gestação sub-rogada é apresentado como um contrato feminino; as mulheres são agora encaradas como as partes no contrato. A questão do contratante masculino é obscurecida, juntamente com a 'troca' que ocorre». Cf. *The sexual contract*, Stanford University Press, Stanford, California, 1988, pág. 213.

<sup>25</sup> Esta afirma:

«Artigo 7.º

1. A criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles.

2. Os Estados Partes garantem a realização destes direitos de harmonia com a legislação nacional e as obrigações decorrentes dos instrumentos jurídicos internacionais relevantes neste domínio, nomeadamente nos casos em que, de outro modo, a criança ficasse apátrida.

## 2. O paradoxo da separação da criança de quem cuidava de si e a amava em nome do seu superior interesse

O tribunal pleno, ao analisar a margem de apreciação pelos Estados dos direitos pessoais, do mesmo passo que considera que esta se estreita na salvaguarda de tais direitos, torna-se lacunosa, senão contraditória, quanto às consequências para o superior interesse de Teodoro que a medida de separação do casal Campanelli pode ter tido, bem como da consideração em estado de abandono de que foi destinatário: aspecto que os juízes vencidos assinalaram na sua declaração de voto<sup>26</sup>.

Pois a questão não pode colocar-se, neste ponto, apenas sob o prisma do interesse da criança a não ser submetida a uma consequência imediatamente nefasta: a separação relativamente às pessoas que dele cuidavam como se fosse seu filho.

Há que ponderar mais longe o alcance da intervenção, tratando-se, como é o caso, de uma criança que nasce por maternidade de substituição heteróloga; que não tem possibilidade de vir a saber quem são os seus pais biológicos<sup>27</sup>; que foi recusada à nascença pela própria mãe; e em cujo limite de identificação e afecto está, precisamente, o casal de quem foi separada — o casal que contribuiu para o seu nascimento e não estava disposto a desintegrá-la da sua vida.

É certo que se configurava «estado de abandono», nos termos da lei italiana.

Mas não deveria o TEDH opinar de outro modo sobre a situação e considerar contrária aos direitos da criança a ingerência na vida privada?

Teodoro não era uma criança “abandonada”, no sentido de entregue a si própria, maltratada, desprotegida ou ameaçada.

Fica por legitimar que uma situação como a que se configura e determina a adoptabilidade da criança — no caso, por terceiros — justifique, por um lado,

---

### Artigo 8.º

1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal».

<sup>26</sup> Sublinham que não há como conciliar o superior interesse da criança com a consideração de que a mesma se encontra em estado de abandono num caso em que é cuidada como filha de um casal que a rodeia de afecto. Cf. *ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINIONS SÉPARÉES. OPINION DISSIDENTE COMMUNE DES JUGES LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU, LAFFRANQUE, LEMMENS ET GROZEV* pp. 68 e 70.

<sup>27</sup> Um dos aspectos que a decisão de 24 de Janeiro de 2017 esclarece é que Paradiso e Campanelli, informados de que Teodoro não possuía o material genético transportado para a Rússia, pedira, em Agosto de 2011, explicações acerca da ocorrência à *Rosjurconsulting*. Foi-lhes comunicado, em Março de 2012, que tinham ocorrido despedimentos e alterações nos quadros de pessoal da clínica que impediam apurar responsabilidades na matéria (§§ 30 e 31). A decisão esclarece ainda que a lei russa de 21 de Novembro de 2011, entrada em vigor em 1 de Janeiro de 2012, veio estipular, no seu art.º 55.º, que o material genético deverá pertencer ao casal comitente. Até então, o código da família russo era omissivo quanto à necessidade de relação biológica entre um casal comitente e a criança nascida através de gestação de substituição. Cf. §§ 73 e 74.

o imediato afastamento da criança, a sua institucionalização; e, por outro lado, o não cuidado em que se preservem vínculos de aproximação ao casal cuidador<sup>28</sup>.

A jurisprudência italiana não desconsiderou a questão. Como o tribunal pleno reconhece, atendeu à existência de responsabilidades parentais assumidas pelos Campanelli, no momento em que as retirou ao casal: não se retira aquilo de que alguém não é titular<sup>29</sup>. Por outro lado, admitiu que seria preferível o afastamento imediato, argumentando que, uma vez que ele ocorreria sempre, na cúspide do processo adoptivo, era bem menos penoso para a criança evitar a sedimentação de laços afectivos com pessoas das quais viria a ser separada, nos termos da lei.

Se o “direito à família”, no sentido em que o TEDH o afasta<sup>30</sup>, não está consagrado no art.º 8.º da CEDH, não é menos certo que a sua inverificação não tem como contrapartida revogar as consequências da vida privada entre o casal e uma criança, ainda que esta tenha sido exercida de forma contrária à lei.

Neste ponto, a margem de apreciação deveria ter sido norteadada por um outro entendimento acerca da sua compatibilidade com os direitos das crianças, tal como o seu superior interesse; e nota-se que o TEDH o reconhece em momentos da decisão, como já foi referido.

A decisão desconheceu, como se viu, a especificidade que resultou do chamado *turismo procriativo* que aqui ocorreu, provocando a um recém-nascido um perfil de vida que não é paradigmático e que requer critérios adequados, tanto no procedimento adoptivo como nos pressupostos da sua integração social.

A institucionalização de crianças pretende-se provisória e deve ocorrer em última instância. Isto não considerou a decisão do tribunal pleno. Como não teve em conta que a perpetuação das raízes profundas sempre deve permitir, ao menos em caso tão singular, o contacto da criança com aquelas pessoas com quem passou os momentos pré-adoptivos<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Seria discutível, senão erróneo, retirar a mesma solução da lei portuguesa. A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, n.º 147/99, de 1 de Setembro, na redacção dada pela Lei n.º 142/2015, de 8 de Setembro, afirma, no art.º 3.º, n.º 2, al. a)), que uma criança se considera em perigo quando «[e]stá abandonada ou vive entregue a si própria»; e também (atendem-se as situações a que o caso poderia eventualmente subsumir-se) o permite no caso em que «[e]stá aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais» (idem, art.º 3.º, n.º 2, al. d)). Mas a esta última cláusula de presunção de perigo da lei portuguesa inere o pressuposto de que existem terceiros que deveriam assumir a responsabilidade parental em primeira linha e não o fazem, nem accionam os meios para serem substituídos nessa sua missão.

<sup>29</sup> Escreve-se na decisão: «146. A autoridade parental exercida sobre a criança foi implicitamente reconhecida pela jurisdição italiana a partir do momento em que foi objecto de uma medida de suspensão».

<sup>30</sup> Cf. § 215 *supra* citado, IV 1.a) e nota 19.

<sup>31</sup> Recordar-se que a Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, sobre o Regime Jurídico do Processo de Adopção, estipula no art.º 1983.º, n.º 3, que, «[e]xcepcionalmente, ponderada a idade do adoptado, a sua situação familiar ou qualquer outra circunstância atendível, pode ser esta-

O tribunal pleno olhou o interesse superior da criança na perspectiva do seu devir, atendendo ao seu desenvolvimento psicologicamente saudável, alheado de eventuais traumas quanto à origem. Mas nunca seria legítimo optar por uma solução que anulasse a melhor parte, ou seja, o afecto com que foi bafejada.

É compatível com o superior interesse da criança arredar o seu étimo de aproximação afectiva mais recôndito?

Pois no início desta vida, que ocorre devido a um procedimento ilegal, estão duas pessoas reais, presentes, que não devem legalmente adoptar, mas podem representar o alter-ego de uma família alargada, o alter-ego da única família alargada possível da criança<sup>32</sup>.

Verifica-se que Teodoro permaneceu sem identificação até 2013. Nessa altura, o seu tutor solicitou ao tribunal de menores uma identidade convencional, a fim de possibilitar a sua inscrição escolar, regularizar o boletim de vacinas e o domicílio<sup>33</sup>.

E, verificando-se que assim ocorreu, pergunta-se se a intervenção pública, que redundou no desrespeito pelo direito à identidade consagrado pela Convenção dos Direitos da Criança, constituiu um modo idóneo de assegurar o seu superior interesse: em nome do qual foi determinada e que investiu o Estado numa responsabilidade complexa, mas indeclinável, que afinal não acautelou.

Qual a coerência entre o *cuidado* de apartar a criança daqueles que a protegiam e o descuido subsequente face à sua identidade?

---

belecida a manutenção de alguma forma de contacto pessoal entre aquele e algum elemento da família biológica ou, sendo caso disso, entre aquele e a respectiva família adoptiva e algum elemento da família biológica, favorecendo-se especialmente o relacionamento entre irmãos, desde que, em qualquer caso, os pais adoptivos consintam na referida manutenção e tal corresponda ao superior interesse do adoptado».

Admito que a redacção não foi feliz. Sempre o superior interesse da criança deverá sobrelevar a vontade dos adoptantes neste contacto. Cf. Pereira, Maria Margarida Silva, *Direito da família*, V. N. Famalicão, Nova Causa, 2016, pp. 480-483.

A lei portuguesa apresenta hoje o exemplo muito importante das relações entre irmãos, mas tem o cuidado de não excluir outras relações. Estrasburgo não deveria ter sido indiferente a este ponto.

<sup>32</sup> Lê-se na declaração de voto dos juízes vencidos, a este propósito: «[n]o entanto, apenas podemos exprimir a nossa surpresa quanto à conclusão de que a criança relativamente à qual o casal assumia plenamente o papel da parentalidade se encontrava em estado de 'abandono'. Se tal conclusão se baseia apenas no facto de os requerentes não serem os seus pais no plano jurídico, perguntamo-nos se o raciocínio das jurisdições nacionais não revestiu um carácter excessivamente formal, a ponto de ser incompatível com as exigências do art.º 8.º da Convenção». E recordam o que haviam afirmado *supra*: «[s]e é certo que não compete ao Tribunal substituir a sua própria apreciação à das jurisdições internas no que respeita às medidas relativas às crianças, deve assegurar-se de que o processo de decisão que conduziu as jurisdições nacionais a tomar a medida foi equitativo e se permitiu aos interessados fazer valer plenamente os seus direitos, no respeito pelo superior interesse da criança». Cf. *ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINIONS SÉPARÉES. OPINION DISSIDENTE COMMUNE DES JUGES LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU, LAFFRANQUE, LEMMENS ET GROZEV*, pp. 72 e 67.

<sup>33</sup> §§ 51, 52 e 53.

## V. DA DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO (CONTINUAÇÃO): DUAS GRANDES OMISSÕES

A decisão não atende a dois factores que deveriam ter sido considerados.

### 1. Da impossibilidade do conhecimento das origens ao reconhecimento do direito à continuação das relações afectivas

É sabido que a doutrina discute o direito ao conhecimento das origens<sup>34</sup>. O TEDH manifestou, em decisões sobre a matéria, o entendimento de que este direito sofre restrições. Assim, afirma em *Konstantidinis c. Grèce*: «47. (...) O Tribunal considera que o direito à identidade, do qual decorre o direito de conhecer e fazer valer o reconhecimento da ascendência, é parte integrante da vida privada (...). Não obstante, se as pessoas que pretendem estabelecer a sua ascendência têm um interesse vital — protegido pela Convenção — de obter informações que lhes são indispensáveis para descobrir a verdade sobre um aspecto importante da sua identidade pessoal, o Tribunal tem igualmente em mente a necessidade de proteger terceiros»<sup>35</sup>.

Porém, se pretendermos — e disso se trata — encontrar o núcleo identificador do sentido desta desvenda do percurso individual, acharemos sem dúvida como inequívoca, inquebrantável, na racionalidade da norma que concretiza o direito ao desenvolvimento da personalidade e impõe a concretização das suas dimensões fundamentais, o direito à *história mundana*. Pode ser uma história de tragédia ou, desejavelmente, não. Não é isso que importa. O que importa é não vedar a ninguém saber de onde vem. Por maioria de razão, aliás: se reconhecermos que a historicidade deve falar em primeiro lugar, aí onde o interesse de terceiros co-responsáveis pela génese de cada ser humano claudica perante o direito destes à sua identificação<sup>36</sup>, como

<sup>34</sup> Lembram Canotilho, Gomes, e Moreira, Vital: «[o] direito à historicidade pessoal designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores...podendo fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, mesmo em alguns casos em que, *prima facie*, a lei parece estabelecer preclusão do direito de acionar nas acções de investigação de paternidade...Problemático é saber se isso implica necessariamente um direito ao conhecimento da progenitura, o que levanta dificuldades no caso do regime tradicional da adopção e também, mais recentemente, nos casos de inseminação artificial heteróloga e das 'mães de aluguer'. Neste caso, o direito à identidade pessoal postularia mesmo o *direito à identidade genética* como seu substituto».

<sup>35</sup> Queixa n.º 58809/09, de 3 de Abril de 2014. Disponível em "<http://hudoc.echr.coe.int/webser-vices/content/pdf/001-142079?TID=thkbhnilzk>" (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>36</sup> Sobre o ponto, em Portugal, cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 401/2011, de 22 de Setembro: «[é], pois, pacífica a previsão constitucional dos direitos ao conhecimento da paternidade biológica e do estabelecimento do respectivo vínculo jurídico, como direitos fundamentais. Isso não impede, contudo, que o legislador possa modelar o exercício de tais direitos em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados. Não estamos perante direitos absolutos que não possam ser confrontados com valores conflituantes, podendo estes exigir uma tarefa de harmonização dos interesses em oposição, ou mesmo a



infirmar o conhecimento das pessoas concretas que cuidaram, criaram, desempenharam algum papel relevante na vida de cada um e o direito corresponsivo ao convívio com elas?

## 2. Não tomada de posição face a efeitos da maternidade de substituição

A maternidade de substituição, que teve lugar, não foi apreciada enquanto tal: não o foi quanto ao processo de ocultação da identidade da gestante, nem quanto às implicações familiares na vida da criança<sup>37</sup>.

É certo que a decisão a pondera: «79. O comité *ad hoc* de especialistas sobre os progressos das ciências biomédicas constituído no seio do Conselho da Europa (CAHBI), antecessor do actual comité de bioética, publicou em 1989 uma série de princípios dos quais o décimo quinto, relativo às ‘mães de substituição’, afirma: ‘1. Nenhum médico ou clínica deverá utilizar técnicas de procriação artificial para a concepção de uma criança através de mãe de substituição. (...) 4. Os Estados podem, todavia, prever...que um médico ou uma clínica proceda à fecundação de uma mãe de substituição utilizando técnicas de procriação artificial desde que: a mãe de substituição não retire qualquer vantagem material da gestação; e b. que a mãe de substituição possa por ocasião do nascimento, decidir ficar com a criança»<sup>38</sup>.

---

sua restrição». Cf. a opinião de Ribeiro, Joaquim de Sousa, em declaração de voto: «[é] hoje pacificamente aceite que o direito a conhecer a identidade dos progenitores cabe no âmbito de protecção do *direito à identidade pessoal* (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), de que constitui uma dimensão fundamental — o que, de resto, foi, desde o primeiro momento em que se pronunciou sobre a questão, sustentado, sem qualquer reserva, por este Tribunal (cfr. o Acórdão n.º 99/88). Como expressivamente salienta GUILHERME DE OLIVEIRA, «saber quem sou exige saber de onde venho» (“Caducidade das acções de investigação”, *Lex Familiae*, 2004, p. 8). A “historicidade pessoal” (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, 462), em veste de conhecimento e reconhecimento das origens genéticas, é um factor conformador da identidade própria, nuclearmente constitutivo da personalidade singular de cada indivíduo».

<sup>37</sup> À decisão, saudada por detractores da gestação de substituição, já foi apontado este aspecto lacunoso. Escreve Puppink, Grégor: «[o] tribunal pleno não aproveitou infelizmente a ocasião para condenar a prática de gestação de substituição em si mesma, mas conferiu pelo menos aos Estados a liberdade de recusar o facto consumado...». Refere a posição dos juízes De Gaetano, Albuquerque, Pinto de, Wojtyczek et Dedov, quando afirmam em declaração de voto a incompatibilidade da gestação de substituição com a dignidade humana. Cf. *AFFAIRE PARADISO: L’ITALIE POUVAIT RETIRER LA GARDE D’UN ENFANT “VENDU” PAR GPA*. Disponível em “<https://eclj.org/surrogacy/echr/affaire-paradiso-litalie-pouvait-retirer-la-garde-dun-enfant-venu-par-gpa?lng=fr>” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>38</sup> Os juízes De Gaetano, Albuquerque, Paulo Pinto de, Wojtyczek e Dedov afirmam peremptoriamente, mencionando o § 79 *supra* citado: «7. O caso prende-se com a maternidade de substituição». Cf. *ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINIONS SÉPARÉES OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES DE GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK ET DEDOV*, pág. 59.

E verdadeiramente foi disso que se tratou: de um caso de *turismo procriativo*, ou *reprodutivo*, a título oneroso comprovado, que redundou na entrega de uma criança a terceiros, uma autêntica “venda adoptiva”<sup>39</sup>.

Pergunta-se pela bondade da omissão de uma abordagem directa, incisiva da maternidade de substituição pelo TEDH neste caso.

O aspecto foi realçado por vários dos juizes que apreciaram o caso: as declarações de voto favoráveis à decisão. Assim resulta, não só da declaração conjunta dos juizes De Gaetano, Albuquerque, Paulo Pinto de, Wojticek e Dedov<sup>40</sup>, como da declaração do juiz Raimondi<sup>41</sup> e da declaração singular do juiz Dedov<sup>42</sup>.

Como já se afirmou, para a jurisprudência mais recente do TEDH, a maternidade de substituição é equacionada como pressuposto da decisão sobre a existência de vida familiar, *mas tão-só na medida em que ocorra um outro pressuposto: o material genético de membro do casal comitente existir na criança*. Desde que isto ocorra, o *biologismo* (e acaso ele não envolve a gestante?)<sup>43</sup> esgota o problema.

<sup>39</sup> A venda de crianças é definida pelo artigo 2.º, al. a), do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, de 25 de Maio de 2000 (aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003, DR, I-A, n.º 54, de 05 de Março 2003) como «qualquer acto ou transacção pelo qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas para outra pessoa ou grupo contra remuneração ou qualquer outra retribuição».

<sup>40</sup> Escrevem ainda que a gestação de substituição, seja ou não remunerada, atenta contra a dignidade humana. E concretizam: constitui um tratamento degradante tanto da criança como da mãe de substituição. Observam que a medicina tem cada vez mais em conta a relevância do período de gestação na vida de uma criança, tal como a gravidez e o parto provocam uma ligação indestrutível entre a criança e a mãe que a gerou. Cf. *ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINIONS SÉPARÉES. OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES DE GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK ET DEDOV*, pág. 60.

<sup>41</sup> Afirma Raimondi sentir a necessidade de exprimir a sua opinião por via de declaração porque pretende sublinhar o facto de o tribunal pleno ter analisado o caso tendo em conta a existência de vida privada e não de vida familiar. E acrescenta que a origem da guarda da criança pelo casal se fundara em «acto ilegal e contrário à ordem pública». Cf. *ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINIONS SÉPARÉES. OPINION CONCORDANTE DU JUGE RAIMONDI*, pág. 52.

<sup>42</sup> Centrado a sua declaração de voto numa argumentação contra a gestação de substituição, começa por afirmar a sua ligação privilegiada ao tráfico de seres humanos, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, segundo a qual o corpo humano não pode ser concebido como fonte de proveito, e conclui o raciocínio afirmando que a maternidade de substituição não poderá, salvo em situações extremas, ser considerada uma forma de exercício de solidariedade social, atenta a importância física e emocional da gestação e do parto para a mulher que gera uma criança. Cf. *ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINIONS SÉPARÉES. OPINION CONCORDANTE DU JUGE DEDOV*, pp. 61 e 63.

<sup>43</sup> Observa Nuño Gómez, Laura: «[a] ideologia patriarcal, tão perseverante face à construção da essência feminina mediante a tríade indissolúvel do ‘amor-sexualidade-reprodução’, não parece encontrar qualquer objecção a que as mulheres mais necessitadas a quebrem e ponham à disposição do mercado os dois últimos elementos: sexualidade e reprodução». Cf. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política* N.º 55, julio-diciembre, 2016, pág. 686. Disponível em “<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/961/959>” (acesso em 10 de Março de 2017). E, com efeito, a disponibilização da capacidade de gerar tem como contrapartida a concepção da *gestante* como *anti-mãe*.

Conclui-se deste modo que, no entendimento do TEDH, a maternidade de substituição não releva, quer para a identidade do recém-nascido, quer relativamente a possíveis conflitos éticos e problemas emocionais de quem procedeu à gestação.

Admite-se a dificuldade ou embaraço do TEDH ante o tema<sup>44</sup>. Vários dos países signatários consideram lícita a sua prática. Todavia, se o Tribunal entende que se trata de uma matéria que suscita problemas éticos em muitos Estados signatários, e dando-se que tais problemas se situam na consideração da dignidade da gestante e da criança oriunda de gestação de substituição, a solução congruente com a defesa dos direitos humanos, compatível com a Convenção e o seu alcance prático, não se compadece com este silêncio<sup>45</sup>.

De acordo com o art.º 3.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, é proibido transformar «o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro». Daqui resulta a proibição da maternidade de substituição remunerada, mas não só: atendendo a que a fronteira entre o seu carácter oneroso e gratuito é fluida e não passível de demonstração clara, o mesmo argumento é extensivo à gestação dita altruísta.

Mas, mesmo olhando directamente o art.º 8.º da CEDH, há que reconhecer que a boa hermenêutica do direito ao respeito pela vida privada implica necessariamente o respeito pela vida das mulheres que praticam a gestação de substituição, por isso que colocam em risco a sua saúde física e psíquica<sup>46</sup>. E, também, sustento, o direito à vida privada e familiar das crianças, para quem o nascimento por gestação de substituição sempre envolve perturbação quanto à identificação da progenitora, tal como suscita riscos acrescidos de abandono pelo casal comitente, ou por um dos seus membros<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Lê-se na decisão: «180. (...) [ao Tribunal] não compete substituir a sua própria apreciação à das autoridades nacionais quanto a determinar a melhor forma de regular a questão — complexa e sensível — da relação entre os pretensos pais e uma criança nascida no estrangeiro no quadro de um acordo comercial de gestação de substituição (...) interdito no Estado réu». A matéria é qualificada de complexa e sensível.

<sup>45</sup> Escrevem, em defesa deste entendimento da missão do TEDH, os juízes De Gaetano, Albuquerque, Paulo Pinto de, Wojtyczek e Dedov: «[u]ma protecção efectiva em matéria de direitos humanos exige que se defina claramente o conteúdo e o escopo dos direitos protegidos, assim como a noção de ingerência contra a qual um direito específico oferece uma protecção». Cf. *ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINIONS SÉPARÉES OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES DE GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK ET DEDOV*, pág. 56. E sustenta Dedov na sua declaração singular: «[t]odas as concessões relativamente aos direitos humanos e aos valores fundamentais implicam o fim de qualquer civilização». Cf. *ARRÊT PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE — OPINIONS SÉPARÉES OPINION CONCORDANTE DU JUGE DEDOV*, pág. 62.

<sup>46</sup> Cf. Anrò, “Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?”, *Genius, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Bolonha, 2016/1, pp. 36 e ss.

<sup>47</sup> O problema é enfrentado pelo Relatório, *infra* mencionado, que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa discutiu o ano passado, não obstante a sua autora ser, como se reafirmará, favorável a certas formas de maternidade sub-rogada. Cf. nota 49 e pág. 3 do Rela-

## VI. TEODORO

Teodoro (continuarão a chamar-lhe assim?) tem agora a idade de seis anos; não entrou ainda na adolescência. Tenho dificuldade em admitir, e sobretudo não o desejo, que aí chegue num mundo tecnologicamente menos aberto do que o actual, onde o conhecimento seja mais obscuro do que hoje.

Possuirá, confia-se, uma família que o ama e a quem ama igualmente. Mas nada determina que o amor ou a felicidade sejam incompatíveis com a curiosidade, a intimidade, a cumplicidade consigo próprio e, assim, com a vontade de aceder ao conhecimento da sua trajectória.

E por isso é quase impossível que ele não se questione sobre a sua história singular.

Com que legitimidade, mesmo em face dos dilemas que os responsáveis pelo seu afastamento do casal comitente ponderaram — a melhor escolha para o seu crescimento psicologicamente saudável ante uma realidade que ninguém podia já anular —, se arrogaram o direito de lhe negarem a possibilidade de se relacionar com aqueles que, tendo praticado actos ilícitos, confusos, não obstante inequivocamente o amavam? Com que direito se priva um ser humano de conviver com os *autores* da sua história, quando a idoneidade pessoal e a afectividade destes *autores* eram reconhecidas<sup>48</sup>?

A defesa do superior interesse da criança não passa pelo apagar do seu passado, como se, por ter sido ele um antro de confusões e até crimes, devesse ser *censurado*. Com que legitimidade *censura* o Estado de Direito a história de alguma pessoa — ripristinando os valores e princípios que determinaram o Direito da era dos filhos ilegítimos, das rodas de desvalidos, da contemporização com as repressões dos sentimentos privados dos homossexuais, de todos os excluídos de qualquer moral que o tempo em que vivemos, o tempo de uma sociedade plural convocada a compreender o *ethos* social no seu dinamismo, nunca deverá impor a ninguém?

---

tório, que menciona a urgência em que sejam tomadas medidas que evitem o abandono de crianças nascidas por gestação de substituição.

<sup>48</sup> O argumento mais impressionante que se poderia invocar no sentido de retirar aos Campanelli o convívio com a criança seria terem praticado uma “compra de criança”. Mas o carácter anti-ético e criminoso do comportamento enfrenta neste caso uma duvidosa consciência da ilicitude, ou, pelo menos, da sua exacta dimensão. Terão tido a noção de que era de uma compra de criança que se tratava? Paradiso e Campanelli celebram o contrato de gestação de substituição num país em que este acordo é permitido. E Paradiso e Campanelli foram destinatários de uma decisão do TEDH, que atendeu a decisões anteriores (invocadas no caso) e não questionou a entrega de uma criança só parcialmente gerada com material genético das pessoas a quem é entregue e ignorando a pessoa da gestante; não mencionou a existência de “compra adoptiva”.

Observa Dias, Jorge de Figueiredo: «...não basta à requerida consciência do ilícito a consciência de um qualquer desvalor jurídico — mesmo que jurídico-penal (...) — mas é necessário que o desvalor de que o agente tomou consciência corresponda no essencial ao do ilícito-típico praticado». Cf. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 552.

Não é o problema passional que aqui se configura que move estas considerações. Está presente com certeza um problema muito relevante de sentimentos, mas importa racionalizá-lo à luz do Direito para ponderar as soluções legislativas que se impõem a este propósito, as quais não implicam resignação ante uma prática que se disseminou, a maternidade de substituição, mas ditam, certamente, medidas adequadas de definição do estado civil das crianças, da sua identificação e inserção<sup>49</sup>.

Por último, uma nota sobre a relação entre o direito da criança e o direito da mãe<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> A 11 de Outubro de 2016, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa rejeitou, por 83 votos contra, 77 votos a favor e 7 abstenções, o Relatório De Sutter, da autoria de Petra De Sutter, política e professora universitária, responsável pelo centro de medicina reprodutiva do Hospital de Ghent, defensora da gestação de substituição (personalidade cuja isenção para a elaboração do Relatório foi muito contestada após a sua indigitação, não obstante ter sido eleita por uma larga maioria para este efeito) que recomendava ao Conselho de Ministros a definição de critérios orientadores para salvaguardar os direitos das crianças nascidas por gestação de substituição, bem como os direitos das mulheres a não serem vítimas de exploração financeira em razão do procedimento. Para De Sutter, a gestação de substituição não é por princípio violadora dos direitos humanos, mas tão-só nos casos em que ocorre em circunstâncias que debilitam as mulheres e as crianças. Escrevia no Relatório: «[u]ma vez que é óbvio não existir consenso para regular a maternidade de substituição no plano nacional, nada melhor do que assegurar pelo menos que os direitos das crianças e das mães de substituição estão de facto protegidos, dado que o número de contratos realizados a nível internacional aumenta de dia para dia».

O debate que teve lugar é revelador da paixão colocada no tema. Falou-se em coragem: coragem para legislar e reconhecer implicitamente a maternidade de substituição como legítima; coragem para a negar. A Senhora Santerini objectou à recomendação: «[p]recisamos de uma boa dose de coragem para nos levantarmos e dizer que não devemos de forma alguma legitimar a sub-rogação. É uma forma de originar um produto, uma criança, através de um meio, a mãe (...). Podemos defender uma criança que já nasceu por este processo: ela está protegida pelos princípios orientadores que existem para a defesa de crianças — mas introduzir novas linhas de orientação é o mesmo que afirmar que devemos aceitar a maternidade de substituição como um facto consumado. Talvez devamos ter a coragem de nos levantarmos para dizer ‘não, há que parar aqui’, pelo menos quando se trata de mercantilizar mulheres e crianças».

Resulta muito claro, da discussão que ocorreu, a ausência de definição inequívoca sobre o entendimento de maternidade de substituição. Pois não é certamente a mesma coisa aceitar o contrato informal com uma pessoa que, após o parto, regista a criança como sua filha, é titular de um período de reflexão para a entregar ou não a terceiros e só o pode fazer mediante decisão judicial, como acontece no Reino Unido e acontece ainda, de forma semelhante, na Holanda e o contrato de gestação de substituição paradigmático. Os casos inglês e holandês configuram construções jurídicas muito próximas da adopção tradicional e deveriam analisar-se com autonomia na discussão sobre o problema nuclear da maternidade de substituição. Ocorre perguntar se o resultado da votação, quase tangencial, teria sido o mesmo no caso de se evidenciarem as diferenças entre as realidades que existem. Cf. o Relatório preliminar de De Sutter, disponível em “<https://agenda.europe.files.wordpress.com/2015/04/surrogacy-preliminary-report-3.pdf>” (acesso em 10 de Março de 2017). E o debate ocorrido na Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Disponível em “<http://assembly.coe.int/Documents/Records/2016/E/1610111530E.htm>” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>50</sup> O problema é em regra colocado quando estão em causa adopções e a mãe pretende preservar o seu anonimato. Ou nos casos de procriação medicamente assistida, em nome da privacidade do dador anónimo. Cf. Dumortier, Thomas, “L’intérêt de l’enfant: les ambivalences d’une notion ‘protectrice’”, *La Revue des Droits de l’Homme. Revue du Centre de Recherches*



Afirma-se, por vezes, que a maternidade de substituição implica, mercê da imposição do anonimato da gestante, alegadamente em nome do superior interesse da criança gerada, uma potencial não coincidência entre os direitos de uma e de outra<sup>51</sup>.

Sendo assim, pode determinar uma dupla privação. A privação de contacto entre a mãe de substituição e o filho; a privação de este vir a identificar a mãe<sup>52</sup>.

Entender-se-á que isso acontece, desde que se ignore a liberdade e a dignidade de uma e de outro.

A dignidade da mulher, que é correspectiva da assunção de responsabilidade no parto e do direito de decidir, após o parto, se quer exercer a responsabilidade própria da mãe ou, pelo menos, aceder ao convívio com o seu filho.

E a dignidade da criança, cuja observância é, por seu lado, correspectiva do reconhecimento daquela outra e lhe está assim unida por um laço inquebrável.

E só por este meio — pelo reconhecimento imperativo de que sempre, nos casos em que tenha ocorrido maternidade de substituição, devem os poderes públicos providenciar no sentido de que a todo o tempo, verificado o interesse da criança<sup>53</sup>, da mãe ou de ambas, haja como facultar o seu encontro, possibilitar a sua convivência — se evitará que se consolidem processos discriminatórios em razão do género e processos discriminatórios em razão da idade.

---

*et d'études sur les droits fondamentaux*, 3 | 2013. Disponível em “<https://revdh.revues.org/189>” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>51</sup> A emergência do discurso acerca do antagonismo entre os direitos das mulheres e das crianças é em parte tributária da perpetuação de uma tendência discriminatória das mulheres, com reflexos jurídicos, que se consubstancia no entendimento de que os direitos adquiridos pelas mulheres determinam em amplos casos (o mais apresentado é o caso do aborto) a emergência de um ser humano feminino *poderoso/perigoso*. Cf. Pitch, Tamar, “Sexo y género en el derecho: el feminismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pág. 447. Manifesta-se aqui, de novo, a estigmatização das mulheres.

<sup>52</sup> Sabe-se que não sucede assim em todas as legislações. No Reino Unido, a continuação do relacionamento entre a gestante e a criança surge, as mais das vezes, na sequência do relacionamento entre o casal e a mãe de substituição, o qual precede o contrato. E, como se afirmou *supra*, nota 47, a mãe de substituição regista a criança, sendo que goza de um prazo de reflexão para decidir se pretende exercer a função materna e correspectivas responsabilidades. Tal como a entrega da criança aos comitentes depende de uma ordem judicial. E, todavia, há quem questione soluções como esta, pela circunstância de ser “ambígua”: ou seja, de, assumindo que a gestante é mãe, desvirtuar a própria filosofia da figura. Mas desvirtuará uma construção jurídica da *militância gestacional*, indo ao encontro da adequação à realidade humana. Cf. a opinião favorável à dicotomia gestante/mãe de Eleonora Lamm, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret* 3/2012, pág. 16. Disponível em “[http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)” (acesso em 10 de Março de 2017).

<sup>53</sup> Será este (mais) um ponto altamente melindroso do enredo humano que a maternidade sub-rogada pode originar. É perfeitamente admissível que, em dado momento, o confronto com a mãe que gerou e rejeitou e o filho gerado e rejeitado constitua uma perturbação inultrapassável para este último.

Formas de discriminação em razão do género. As discriminações que podem resultar da maternidade anómica. Mesmo arredando os casos, que constituem a maioria, em que a gestação de substituição tem lugar em condições profundamente degradantes, a discriminação não deixa de existir aí onde tudo acontece “correctamente”, com assistência médica e psicológica e rodeando a prática das condições de liberdade possíveis, que são, fatalmente, condições de liberdade confinada; de ausência de liberdade.

Pensa-se no filho que a mãe de substituição é obrigada a afastar da sua vida e no conflito que isto gera potencialmente consigo própria; na tão estudada eventualidade de depressão pós-parto e na eventual vantagem em, ao menos durante esse tempo, não ser privada de contacto com o filho; no filho que eventualmente aceitou entregar por motivos que não correspondiam à sua vontade última, muitas vezes insusceptível de determinação no prazo legalmente fixado para a tomada de decisão; e nos casos de ausência de prazo para decidir após o parto.

Penso na discriminação que sempre resulta da maternidade entendida como crime: crime que incrimina um comportamento que vitimiza a sua própria autora. Deve considerar-se crime gerar uma criança, como continua a determinar, entre nós, a redacção do art.º 39.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, mesmo depois da alteração que o regime da gestação de substituição sofreu através da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto?

Há vozes importantes favoráveis à maternidade de substituição. Recordo as palavras apologéticas de Roudinesco, Elisabeth, sobre a matéria: «Não deveríamos temer mudar leis que correspondem às mudanças que se produziram na sociedade e na ciência. A gestação de substituição assistida representa a continuação da procriação medicamente assistida. Desde os finais do XIX que todas as mudanças relacionadas com a família puseram a sociedade em pânico: o divórcio, a igualdade de direitos dos pais, o aborto... sempre nos estão dizendo que o apocalipse está a chegar, o que nunca acontece! Apocalipse seria uma humanidade que não quisesse ter filhos»<sup>54</sup>.

Mas pela primeira vez discordo frontalmente da Autora de *A família em desordem*. Creio mesmo que o seu ímpeto *familiarista* a levou nesta matéria a não olhar as grandes questões que tão bem enfrentou sobre a evolução da família: o drama dos homossexuais sem acesso a relações juridicamente reconhecidas; o seu direito a adoptarem crianças; a menoridade das mulheres, também na família.

É que o *ímpeto familiarista*, quando não se compatibiliza com o respeito pelos direitos humanos, vem contra eles; redundando num institucionalismo pernicioso, retrógrado. A família não é um fim em si mesmo. Implica a realização das pessoas, em liberdade, respeito pelas diferenças e modernidade. Não se lhes sobrepõe. Não se fundamenta em quaisquer ímpetos, por bem-intencionados que sejam.

<sup>54</sup> Cf. RUE 89. 24/04/2009. Disponível em “<http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/>” (acesso em 10 de Março de 2017).

Afirmar o contrário é também assumir que as mulheres podem regredir à obscuridade ancestral e o anonimato da gestante é uma dura manifestação disso mesmo<sup>55</sup>. É como se o anonimato a que se votam as gestantes de substituição, mesmo nas leis que permitem a maternidade de substituição com rigor jurídico e cuidado médico, coberta por alegado manto asséptico de moralidade e de liberdade de decisão, definindo honoráveis critérios restritivos da sua prática<sup>56</sup>, deixasse de ser aquilo que é, sempre que o convívio com a criança é tendencialmente evitado: uma *burqa ocidental*. E não represente o anonimato da gestante algo que contribui para um retrocesso no direito de género, ao serviço do agendamento jurídico e político, com carácter urgente, do tema da reprodução da espécie humana a todo o preço, lesando direitos e valores que absolutamente queremos que não retrocedam.

Formas discriminatórias em razão da idade.

Retomo o desejo de Roudinesco de que não tenhamos um mundo privado de crianças e direi que, até aí, estaremos todos de acordo com ela.

Os filhos não são, porém, uma ficção. As crianças têm o direito de ser adoptadas, quando isso representa um benefício para elas e para os adoptantes. Os homossexuais têm o direito de casar ou viver em união de facto juridicamente reconhecida e adoptar, quando isso contribui para a sua afirmação pessoal e para o interesse das crianças que amam. As mulheres têm um direito indeclinável à igualdade. A ciência médica deve estar ao serviço da natalidade e da satisfação do desejo de parentalidade.

Todavia, há que não tratar da mesma forma o que não é igual.

A adopção é uma construção jurídica. São-lhe intrínsecos, por regra, o desejo de dar afecto e também a solidariedade para com crianças privadas de família que possa ou pretenda exercer a parentalidade<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> O Relatório De Sutter, *supra* citado, afirma, no n.º 6, a importância de «[e]stabelecer e preservar registos que confirmam aos participantes nos acordos de gestação de substituição a opção de adquirir informação sobre a sua origem e/ou contacto futuro caso surja desejo mútuo de que o mesmo se promova». Cf. pág. 3.

<sup>56</sup> Recordar-se que a nova redacção do art.º 15.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho, dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, afirma que «[t]odos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA». E, se bem que seja da competência do Conselho Nacional de Procriação medicamente assistida «[c]entralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, incluindo as gestantes de substituição, beneficiários e crianças nascidas», nos termos do art.º 30.º, n.º 1, al. p), da Lei 32/2006, a lei não afirma a urgência, ou a necessidade de promover o relacionamento entre a gestante e a criança.

<sup>57</sup> Não por acaso, erguem algumas vozes, contra a maternidade sub-rogada, o direito ao afecto familiar por parte das crianças nascidas e privadas de família, ou de família que as deseje. Juridicamente, o problema que assim se poderá suscitar é complexo. Como ponderar o direito das crianças a que o Estado providencie pela sua adopção, em nome do seu superior interesse, e os custos públicos que a maternidade de substituição possa gerar? Prevalece o *direito à criança* ou, antes, o direito à defesa das crianças sem família? A Convenção sobre os Direitos da Criança responde claramente no art.º 6.º, n.º 2: «Os Estados Partes asseguram

Já a filiação é uma realidade antropológica que não dispensa, ao menos por enquanto, a gestação. Por outras palavras. Não dispensa a intervenção humana integral de uma mulher, como não tem como dispensar a interacção entre esta e o feto. E desta interacção resultam consequências psicológicas não determinadas para uma e para outra. Não temos o direito de privar as crianças da sua circunstância biológica, oferecendo-lhes, em alternativa, uma aventura parental.

Como se sustentará que é legítimo promover que alguém nasça através de um contrato que confunde ou mistura maternidade, desejo de maternidade e também, como foi já afirmado<sup>58</sup>, tantas vezes, subliminarmente, vontade de afirmação de paternidade *convencional*, paternidade idêntica à que é dominante no casamento ou na união de facto em que se pretende continuar a viver, mas concebendo-os (ao casamento ou à união de facto escolhidos) como não puderam ser: como um casamento ou uma união de facto de que nasceriam filhos comuns, quando na verdade os seus protagonistas concretos não têm como ser, conjuntamente, pais?

Como se esse casamento ou união de facto, que, em leis que não visam essencialmente finalidades procriativas há longo tempo, e admitem cada vez mais o casamento ou a união de facto de pessoas do mesmo sexo, subitamente, pelos finais da sua legítima cruzada contra a união sexual, sempre que possível, ao serviço da continuação da espécie<sup>59</sup>, regredissem e tivessem esse fim natural?

Como se o tivessem a ponto de haver o direito de *compensar* a impossibilidade, encontrar um *paliativo* para os casos em que ela se verifica? E *compensar* sendo o *paliativo* um contrato que pode perturbar, não se sabe como e quanto, a identidade de quem nasce através dele?

---

na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança». O problema não se coloca, obviamente, na perspectiva da consideração da gestação de substituição como atentatória dos direitos humanos.

<sup>58</sup> Cf. *supra*, IV. 1.b) e nota 24.

<sup>59</sup> Recordar-se que o Anteprojecto do Código Civil de 1967, no art.º 2.º, conceptualizava o casamento nos termos que se transcrevem: «Diz-se casamento o contrato pelo qual duas pessoas de sexo diferente estabelecem, entre si, a comunhão integral de vidas, por natureza destinada à procriação e educação de prole, bem como à dedicação de cada um dos contratantes ao amparo e felicidade do outro». Cf. Manuel Gomes da Silva, “O Direito da família no futuro Código Civil, (Introdução), Primeira Parte”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 65, 1957, pág. 38.