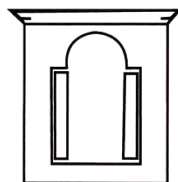


SEPARATA

RPDC N.º 1 (2021)

# REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



**AATRIC**

# *Gestação de Substituição e Dignidade da Pessoa Humana: A Difícil Saída de uma Encruzilhada – Anotação ao Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional em vista do subsequente processo legislativo\**

**António Cortês**

*Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa  
ac@ucp.pt*

## **1. O problema jurídico da gestação de substituição**

A gestação de substituição consiste num acordo, sujeito a diversas condições, em que uma mulher aceita suportar uma gravidez e um parto, em benefício de outrem, a quem entregará a criança. Esta possibilidade tecnicamente exequível, através dos métodos específicos da procriação medicamente assistida, levanta, todavia, questões jurídicas e constitucionais de elevada complexidade, sendo as possíveis soluções normativas discutíveis nos seus pressupostos e problemáticas no seu sentido. Por essa razão, existe diversidade de regimes a nível mundial ou global e diversidade de opiniões, mesmo entre as pessoas que mais a fundo se têm debruçado sobre a matéria.

---

\* Siglas utilizadas: LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida, Lei n.º 32/2006 e subsequentes alterações; CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida; CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

Todo o processo de discussão pública em torno da gestação de substituição é um exemplo paradigmático do facto do “pluralismo razoável” de que fala Rawls, ou seja, da existência nas sociedades democráticas duma pluralidade de mundividências ou doutrinas filosóficas, religiosas e morais que, sendo racionais ou razoáveis, correspondem a diferentes conceções abrangentes do bem, que podem entrar em colisão não apenas nos seus pressupostos abstratos, mas também na solução de problemas concretos. Com efeito, em matéria de gestação de substituição, as opiniões variam em função das diferentes convicções filosóficas, religiosas e morais que as sustentam, e que podem ter influência nos processos legislativos, restando, no entanto, saber que *limites especificamente jurídicos* decorrem do *sistema de direitos e princípios que* – devidamente interpretado e harmonizado pela ciência jurídica (não obstante a interferência de inevitáveis “pré-compreensões” no sentido de J. Esser) – *define a normatividade constitucional*.

Por seu turno, o Acórdão n.º 225/2018, que aqui comentamos e interpretamos, é, com os seus diversos votos de vencido, a prova cabal de que as decisões judiciais em matéria de constitucionalidade e de direitos fundamentais – embora pressuponham uma específica normatividade constitucional e tenham de partir da “ideia regulativa” identificada por autores como Canaris ou Alexy, na linha de Dworkin, de que existe “uma só resposta correta” que se deverá procurar atingir através da fundamentação e da ponderação de argumentos – não têm, em especial nos casos mais complexos, nos *hard cases*, um conteúdo prévio à discussão jurisprudencial, nem são isentas da hipótese do dissenso, nem correspondem necessariamente a uma solução ideal que satisfaça todas as partes (aliás, a margem de insatisfação gerada por uma decisão judicial num *hard case* pode ser minimizada através da fundamentação, mas é, na prática, impossível de evitar). E mesmo após a tomada de decisão é possível discutir a fundamentação e questionar se a decisão foi de facto a mais correta, seja através de votos de vencido, seja através da análise crítica da doutrina e da comunidade jurídica.

Além disso, saliente-se que as decisões do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização abstrata, são, muitas vezes, um ponto de partida para um novo processo legislativo, com margens de livre conformação mais ou menos consideráveis dentro do quadro da normatividade constitucional vigente. Já houve, aliás, na sequência do Acórdão n.º 225/2018, alterações à Lei da Procriação Medicamente Assistida e está pendente na Assembleia da República, na sequência do Acórdão n.º 465/2019 que confirmou a anterior jurisprudência do acima mencionado Acórdão, um novo processo

legislativo, iniciado pelos Projetos de Lei n.º 71/XIV/1ª e n.º 247/XIV/1ª. Esta anotação pretende dar também algumas indicações para esse processo legislativo, sendo certo que o Acórdão n.º 225/2018 não poderá deixar de ser tido em consideração como um “incontornável ponto de referência no contexto da redefinição (ainda em curso) do nosso regime legal” nesta matéria.<sup>1</sup>

A nível global ou mundial, encontramos soluções diversas a respeito da gestação de substituição nos diferentes sistemas jurídicos, de que o Acórdão n.º 225/2018 dá um quadro bastante completo, que aqui resumimos no essencial, avançando sinteticamente, a respeito de cada modelo de base, qual terá sido a razão justificativa fundamental das opções legislativas.

Na generalidade dos países com uma cultura jurídica mais próxima da nossa, como sejam a Alemanha, a França, a Itália e a Espanha, a gestação de substituição é proibida. Tal proibição resultará, no essencial, de se entender que este modo de procriação assistida implica uma inadmissível instrumentalização da gestante, bem como riscos, incertezas e complexidades no que respeita à situação da criança a nascer.

Na grande maioria dos Estados federados dos Estados Unidos da América, como muito paradigmaticamente sucede na Califórnia ou em Nova Iorque, e em Estados do Leste Europeu, como a Rússia ou a Ucrânia, a gestação de substituição é admitida com grande amplitude, podendo mesmo corresponder a uma verdadeira prestação de serviços mediante o pagamento de uma quantia pecuniária. Prepondera a ideia de que a própria liberdade reprodutiva pode ficar sujeita às leis do mercado, podendo as pessoas, por via contratual, disponibilizar livremente o seu corpo, mediante um preço, para gerar uma criança em benefício de terceiros.

Nos únicos dois países da Europa ocidental em que a gestação de substituição está legalmente autorizada, o Reino Unido e a Grécia,<sup>2</sup> apenas se admite a gestação de substituição gratuita ou altruísta, de modo a evitar o risco de mercantilização do corpo ou de exploração económica da gestante. Na Grécia, o contrato fica sujeito a autorização judicial prévia e a paternidade dos beneficiários ou pais intencionais é reconhecida logo após o nascimento. No Reino Unido, a gestante é mãe da criança até à formalização

<sup>1</sup> RUI MOURA RAMOS, “Apresentação”, in *Gestação de Substituição e Anonimato dos Dadores. Problemas de Legitimidade, Dignidade, Autonomia e Identidade – Acórdão n.º 225/2018*, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 9.

<sup>2</sup> V. MIGUEL OLIVEIRA E SILVA, “Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um olhar bioético”, in *Colóquio Internacional: Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, Maria João Antunes / Margarida Silvestre (coord.), Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 49.

da entrega da criança aos pais intencionais num processo judicial especial, que permite certificar uma série requisitos, incluindo o consentimento da gestante quanto à entrega da criança.

Em Portugal, a primeira vez que o sistema jurídico fez menção expressa aos contratos de gestação de substituição foi com a Lei n.º 32/2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida – LPMA), que, na sua versão originária, proibia tais contratos. Esta proibição manteve-se, no essencial, com a declaração com força obrigatória geral das normas que regulam o instituto da gestação de substituição pelo Acórdão n.º 225/2018. Com efeito, apesar de o Tribunal concluir que os contratos não eram constitucionalmente proibidos, só por si, invalidou normas essenciais à definição do regime legal de tais contratos, que ficou assim desprovido de um enquadramento normativo que sustente a legalidade dos procedimentos administrativos perante o CNPMA.

Antes disso, a matéria era regulada pelo Código Civil de 1966, nos termos gerais do direito contratual e do direito da família. Assim, à luz da cláusula geral do artigo 280.º do Código Civil que parametriza a validade dos negócios jurídicos pelos bons costumes e pela ordem pública, concluía Guilherme de Oliveira: “a gestação e entrega do filho, a troca de dinheiro, afecta a dignidade da mulher que vende a sua capacidade reprodutora; e a dignidade do filho que é avaliado em dinheiro e trocado por certa quantia”, sendo certo que “o valor primeiro em que assenta a nossa ordem jurídica é o valor da dignidade humana”.<sup>3</sup> No caso de o contrato de gestação de substituição ser gratuito, não haveria porém, só por si, ofensa da dignidade da gestante e da criança, sendo apenas afetado “o princípio da taxatividade dos meios de regular o destino de menores”, que seria, ainda assim, de “ordem pública”. Ora de acordo com a lei, só haveria duas possibilidades para definir a maternidade de uma criança: ou a mãe é a mulher que dá à luz a criança (artigo 1796.º do Código Civil) ou a mãe é a mulher que adota a criança nos termos de um específico processo com intervenção de um tribunal (artigo 1986.º do Código Civil). Além disso, defendia o Autor, mesmo que se admitisse a validade do contrato de gestação, seria sempre de “respeitar o arrependimento da mulher que a seguir ao parto não quer entregar o filho”, fosse porque a renúncia ao estatuto de mãe significa uma limitação dos direitos de personalidade que é revogável, nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, fosse por aplicação analógica do artigo 1982.º, n.º 3, do

<sup>3</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só (uma) duas! O Contrato de Gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 45.

mesmo Código que determinava que “a mulher que pretende ceder o seu filho para adoção só dá um consentimento válido quando tiver decorrido um mês após o parto”<sup>4</sup> (atualmente, a lei prevê “seis semanas”).

Com grandes cautelas, não excluía o mencionado Autor, totalmente, que, com uma mudança de mentalidades e através duma solene intervenção legislativa, o sistema jurídico viesse a autorizar a gestação de substituição, mas, naquela época, há cerca de três décadas, essa gestação de substituição parecia-lhe ser “um fenómeno perturbante demais para ser bem aceite”.<sup>5</sup>

A Lei n.º 25/2016, que alterou a LPMA, passou a permitir expressamente os contratos de gestação de substituição gratuitos, verificados determinados pressupostos num específico procedimento de formação do contrato. Podemos descrever o modelo português de gestação de substituição assim legislativamente criado como “*um modelo de admissibilidade limitada (mesmo excepcional [...]), assente no espírito de dádiva ou de dom, no altruísmo, baseada em indicações, sujeitas a controlo procedimental*”.<sup>6</sup>

Segundo este modelo o contrato de gestação só é válido em situações médicas de ausência, lesão ou doença de útero que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, devendo a criança a gerar ser fruto de gâmetas de pelo menos um dos pais intencionais ou beneficiários e não o podendo ser de gâmetas da gestante. Garante-se, assim, o carácter subsidiário, com indicação médica, do processo, e a natureza meramente gestacional do contrato. O contrato tem, além disso, de ser escrito e autorizado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) no quadro de um procedimento de autorização prévia em que se certifique o respeito pelos pressupostos substantivos de validade do contrato, incluindo a gratuidade.

Foi sobre este modelo legalmente resultante da acima mencionada LPMA, a Lei n.º 32/2006, na redação introduzida pela Lei n.º 25/2016, que o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se no Acórdão n.º 225/2018 (e, mais tarde, no Acórdão n.º 465/2019, que o confirmou).

Pretendemos aqui analisar, tão-somente, dois pontos específicos decididos pelo Acórdão: (i) a questão da constitucionalidade da norma do artigo 8.º, n.º 1, da LPMA, que admite a válida celebração dos contratos de

<sup>4</sup> *Ibidem* 60-65.

<sup>5</sup> *Ibidem* 98-99.

<sup>6</sup> V. JOÃO LOUREIRO, “Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação – Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição”, in *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1400. Note-se, porém, que o Autor é contra a gestação de substituição e considera que, neste específico contexto, o dom ou o altruísmo não produzem bons resultados.

gestação de substituição, e (ii) a questão da constitucionalidade da norma do artigo 8.º, n.º 8, em conjugação com o artigo 14.º, n.º 5, da mesma LPMA, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários.

A questão que aqui levantamos é a de saber se o Tribunal ao aceitar a validade dos contratos de gestação de substituição, mas ao excluir a solução legal de apenas se permitir a revogação do consentimento da gestante até ao início dos processos terapêuticos de PMA não terá colocado a figura legal da gestação de substituição numa encruzilhada mais complexa ainda do que a que poderia resultar, só por si, da consagração legal da gestação de substituição com a Lei n.º 25/2016. Questionamos se o Tribunal terá decidido bem e o que deverá, em consequência, fazer o legislador parlamentar.

Antes de responder às duas questões acima identificadas e à questão de saber se é possível sair da encruzilhada a que o regime da gestação de substituição parece votado, vamos determinar quais os parâmetros normativos a considerar nesta sede problemática e especificar um pouco mais o seu conteúdo ou significado.

## 2. O significado constitucional da dignidade da pessoa humana no contexto da procriação medicamente assistida

A Constituição da República Portuguesa estabelece no seu artigo 67.º, n.º 2, alínea e), que “incumbe ao Estado, para proteção da família [...] regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

A texto constitucional admite, pois, expressamente, a procriação medicamente assistida, estabelecendo um dever de legislar sobre a matéria para proteção de todas as pessoas concretamente envolvidas em processos dessa natureza. Assim, a Constituição não só admite expressamente a procriação medicamente assistida como forma legítima de constituir família, como impõe um dever de legislar sobre a matéria. Simultaneamente, define o parâmetro fundamental a salvaguardar na regulamentação dessa mesma procriação assistida: “a dignidade da pessoa humana”. Com efeito, considerando alguma imprevisibilidade nos desenvolvimentos das técnicas de procriação assistida, a complexidade da matéria e a própria evolução da consciência social, a Constituição optou por se limitar a remeter a parametrização constitucional da procriação assistida para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas resta saber o que significa dignidade da pessoa humana para efeitos de regulamentação da procriação assistida. A literatura sobre a dignidade

humana é inabarcável e não cabe na economia de uma anotação jurisprudencial discutir em pormenor essa questão crucial da teoria constitucional e da filosofia do direito. A questão que nos deve ocupar tem, pois, um significado prático específico que é o de saber como é que se salvaguarda a dignidade da pessoa humana na procriação medicamente assistida. Assim, avançamos apenas algumas indicações que podem ser úteis neste domínio e, muito em especial, no que respeita à gestação de substituição.

O Acórdão n.º 101/2009 dá uma indicação que nos pode servir de ponto de partida: “Ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República, pretende, por conseguinte, primariamente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, e, em especial, o direito à integridade física e moral (artigo 25.º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º), [...], e, ainda, o direito à saúde [na sua dimensão negativa] (artigo 64.º)”. A dignidade humana começa por surgir, pois, no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição, cujo escopo é a *proteção da família*, como um conceito-quadro, para designar a generalidade dos *direitos de personalidade*. Acrescente-se que a dignidade da pessoa humana pode ainda, neste contexto, ser fonte – como reconhece o mesmo Acórdão n.º 101/2009 – de “*direitos não escritos*”, como porventura sucederá com o “direito ao arrependimento” da gestante de que falaremos adiante. Estes direitos de personalidade são todavia – nos termos gerais, isto é, com respeito pelo princípio da proporcionalidade e pelo seu conteúdo essencial – suscetíveis de restrição.

Devido à relevância que teve no Acórdão, merece aqui menção especial o “direito ao desenvolvimento da personalidade”. Em nosso entender, este direito tem essencialmente uma função de tutela geral da personalidade numa perspetiva *dinâmica*, possuindo *duas dimensões essenciais* estreitamente ligadas entre si embora com sentidos diferenciados. Por um lado, protege-se o desenvolvimento das *capacidades ou potencialidades físicas, intelectuais, emocionais e relacionais* de cada pessoa (Martha Nussbaum falaria aqui em “capacidades ou potencialidades centrais”). Por outro lado, protege-se a *autonomia ou autodeterminação responsável* da pessoa na conformação da sua vida, seja em opções triviais do quotidiano seja em opções estruturantes do seu projeto de vida (Isaiah Berlin falaria aqui em “liberdade positiva”).

Deste modo, a forma como o direito ao desenvolvimento da personalidade pode ser afetado na infância ou na vida adulta é diverso, isto

é, acentua de modo *tendencialmente* diferente as duas dimensões essenciais do direito. Assim, as crianças desenvolvem a sua personalidade – isto é, as suas capacidades ou potencialidades físicas, intelectuais, emocionais e relacionais – beneficiando de um processo educativo e de um ambiente familiar adequados. Os adultos desenvolvem a sua personalidade através das opções fundamentais correspondentes ao seu projeto de vida pessoal, que melhor expressão dê às suas capacidades ou potencialidades físicas, intelectuais, emocionais e relacionais. No caso das crianças o direito ao desenvolvimento da sua personalidade realiza-se em ampla medida através dos deveres de cuidado e educação que incumbem prioritariamente aos pais. No caso dos adultos, o direito ao desenvolvimento da personalidade realiza-se essencialmente através da concretização de projetos de vida pessoal e do exercício da sua autodeterminação responsável.

Além disso, é importante também determinar o sentido específico da dignidade da pessoa humana no contexto do biodireito. É aqui decisiva a chamada “fórmula do objeto” de Dürig (formalmente inspirada na filosofia prática kantiana) que o Acórdão n.º 225/2018 invoca. Eis a fórmula: “A dignidade humana é atingida quando o ser humano em concreto é degradado a objeto, a simples meio, a uma realidade substituível”. Esta fórmula, se devidamente entendida, exprime, em nosso entender e pelo menos no contexto do biodireito, a chave de compreensão do sentido constitucionalmente autónomo ou específico, isto é, diferenciado de concretos direitos fundamentais expressamente consagrados, que possamos atribuir ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A fórmula de Dürig tem, porém, essencialmente, e nas palavras certas do Tribunal Constitucional, um “valor heurístico”. Como esclarece Jorge Reis Novais, “a fórmula do objeto não pode reivindicar uma aplicação mecânica ou meramente subsuntiva das várias dimensões e requisitos que propõe e em que assenta, sem atender à subjetividade e à necessidade de contextualização”.<sup>7</sup>

Mas qual é então o sentido que podemos atribuir à fórmula?

Desde a sua origem, em Dürig, ela significava que a pessoa tem “valor intrínseco”, que os direitos da pessoa e a sua liberdade são algo de “inalienável” e “indisponível”. Dürig salientava que esse “valor intrínseco” implicava respeito pelo “ser humano” que se caracterizaria “pela força do seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e o torna capaz, por sua

<sup>7</sup> JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2018, p. 122.

própria decisão, de tornar-se consciente de si próprio, autodeterminar-se e projetar-se a si mesmo e ao seu ambiente”.<sup>8</sup> E acrescentava que o respeito pelo “valor intrínseco” da dignidade não era afastado, nomeadamente, pelo facto de a capacidade de autodeterminação só existir muito diminutamente, nem pelo facto de alguém ter consentido na afetação da sua capacidade de decidir livremente.<sup>9</sup> É neste contexto que se compreende que ele saliente – em consonância aliás com os termos expressos do artigo 1.º, n.º 1, da Constituição alemã – que a dignidade humana implica não apenas deveres de respeito, mas também deveres de proteção.<sup>10</sup> E é também neste contexto que se compreende a afirmação de que o ser humano não pode ser degradado a “objeto”, “a mero meio”, isto é, não pode ser destituído do valor intrínseco próprio da humanidade ou privado da capacidade ou potencialidade de autodeterminação.

Em oposição ao personalismo abstrato de Dürig, tendeu a dominar a ideia de que “mais do que teorizar sobre a personalidade moral do ser humano”, se devia antes “concordar numa casuística de claras violações da dignidade humana”.<sup>11</sup> É este o método tipológico defendido por autores como Badura e H. Dreier e desenvolvido, entre nós, por Jorge Reis Novais para fixar o que designa como o “conteúdo normativamente autónomo” e “absoluto” do princípio da dignidade humana.

Parece-nos, todavia, que, se é certo que a fixação de uma tipologia correspondente ao conteúdo normativamente autónomo e absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana não poderá deixar de pressupor algum gradualismo (o que não significa relativismo) na aplicação prática do mesmo (isto é, na definição do que, em concreto, atinge o *núcleo intangível, imponderável ou absoluto* da dignidade humana), não haverá razão para diminuir o nuclear significado “heurístico” da fórmula de Dürig na determinação desse conteúdo específico ou normativamente autónomo do princípio da dignidade pessoa humana.

Assim, podemos dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana deve significar, antes de mais, que a pessoa não pode ser degradada ou anulada no núcleo irreduzível da sua autonomia e da sua personalidade física

<sup>8</sup> V. GÜNTER DÜRIG, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, in F. Wetz (hrsg.), *Texte zur Menschenwürde*, Stuttgart: Reclam, 2011, p. 214-215.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 216-217.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>11</sup> CHRISTOPH GOSS, “Würde des Menschen: Restoring Human Dignity in Post-Nazi Germany”, in Christopher McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 82.



e moral. Há, pois, algo de indisponível, inviolável e até irrenunciável, na pessoa: a pessoa, enquanto ser autónomo, sensível e relacional, tem “valor intrínseco”, ou seja, não pode ser tratada apenas como um objeto ou um mero meio útil para fins de terceiros ou do Estado. Deste modo, a pessoa é certamente titular de um “direito à autorresponsável conformação da sua vida”,<sup>12</sup> e a sua personalidade física e moral tem, também, um valor objetivo intrínseco. Além disso, o princípio da dignidade humana implica “não apenas que as pessoas sejam respeitadas na sua autonomia, mas também que haja uma preocupação efetiva pela sua vulnerabilidade”.<sup>13</sup> Por isso, o princípio da dignidade humana implica uma “especial proteção” ou consideração dos mais frágeis, daqueles que possuem “menor autonomia factual” como sejam nomeadamente as pessoas que vivem na miséria, os doentes ou, ainda, as crianças.<sup>14</sup> Deste modo, quanto mais frágil ou vulnerável for ou se encontrar concretamente a pessoa, quanto mais diminuída estiver na sua autonomia ou mais dependente da assistência alheia para satisfação das suas necessidades ou aspirações humanas básicas, maior deve ser a proteção ou consideração que lhe é concedida pelo Direito.

Assim, no caso da gestação de substituição, a proteção do desenvolvimento da personalidade da criança, que tem valor intrínseco e se encontra numa situação de especial vulnerabilidade, deve ser especialmente forte, sem prejuízo da necessária compreensão da criança como ser em relação com os pais. Além disso, é necessário ponderar a posição dos adultos envolvidos neste processo, cujos direitos de personalidade – incluindo a sua identidade pessoal e o desenvolvimento da sua personalidade que resultam da sua relação efetiva com a criança –, poderão entrar em colisão, caso, após o parto, a gestante, que não pode ser reduzida a “mero meio” ao serviço de outrem, não queira entregar da criança.

Como, porém, conciliar tudo isto na complexa *rede intersubjetiva de vulnerabilidades* – a da criança, a da gestante e da mulher medicamente incapacitada de suportar a gravidez – que estão ou podem estar em causa na gestação de substituição?

<sup>12</sup> ERNST BENDA, “Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht”, in E. Benda / W. Maihofer / H.-J. Vogel, (hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts* (1), 2. Aufl., Berlin / New York: Walter de Gruyter, 1995, p. 186.

<sup>13</sup> ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios: Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 258.

<sup>14</sup> Ver JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao Artigo 1.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 66.

### 3. A questão da admissibilidade do contrato de gestação de substituição

O Tribunal concluiu que a gestação de substituição, permitindo dar expressão ao direito a procriar ou a ter filhos por parte de mulheres que estão medicamente impossibilitadas de levar a bom termo uma gravidez, não viola, só por si, a dignidade e os direitos da gestante nem a dignidade e os direitos da criança. No entender do Tribunal, não há, pois, na permissão legal do contrato, só por si e em si, violação do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto parâmetro de constitucionalidade da PMA, nos termos expressos do artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição.

O Tribunal começou por reconhecer, na linha da doutrina constitucional mais autorizada, que existe um direito a procriar, como forma fundamental do direito a constituir família – a par do casamento, das uniões de facto e da adoção. Embora o Tribunal não o tenha dito, parece claro que esse direito a procriar, dado que a criança crescerá junto dos pais que a educarão em convívio efetivo, tem uma dimensão prospetiva, permitindo realizar o direito ao desenvolvimento da personalidade dos pais que, ao concretizarem o seu projeto parental e ao cuidarem da criança, estarão a dar, com o misto de dom, altruísmo e afetividade próprio do amor, expressão prática às suas capacidades ou potencialidades físicas, intelectuais, emocionais e relacionais.

O Tribunal considerou, também, que não haveria necessariamente violação da dignidade da gestante. Com efeito, no Acórdão (ponto 24), o Tribunal salientou que a natureza gratuita do contrato é “uma garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, expressão da sua autonomia”, não procedendo o argumento da “exploração económica da gestante”. Assim, no modelo português, o contrato de gestação de substituição pressuporia que a gestante age motivada por um “louvável espírito altruísta e de solidariedade”. Não estava, pois, em apreciação no Acórdão, uma vez que as normas objeto de fiscalização não o previam, a gestação de substituição onerosa, tal como é defendida, por exemplo, por Fernando Araújo, em crítica ao modelo de gestação altruísta.<sup>15</sup>

O sistema da lei portuguesa, que esteve em apreciação, pressuporá é verdade, em geral, embora não necessariamente, uma prévia relação de proximidade ou de confiança pessoal entre a gestante e o casal beneficiário,

<sup>15</sup> FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 30. O Autor explica que este modelo, em vez da gestação onerosa, “não raro redundará no recurso a «mães portadoras» que são parentes da mãe biológica – da dadora de ovócitos – com todas as complicações de ordem familiar que esse expediente pode acarretar”.

podendo a gestante ser uma familiar ou uma amiga dos membros do casal cuja mulher se encontra definitivamente incapacitada por motivos médicos de suportar uma gravidez. Mas a existência dessa relação de proximidade não coloca certamente em causa a autonomia da gestante, que aceita suportar a gravidez, não por vulnerabilidade económica, mas por espírito de entrega voluntária à felicidade de alguém cujo bem deseja, através da capacidade de gerar vida, e da correspondente autorrealização pessoal aí implicada. Além disso, também não coloca em causa a salutar relação entre a criança e os pais a quem competirá de forma exclusiva o exercício das responsabilidades parentais, no qual a gestante – caso tenha interesse em manter a relação com os pais e com a criança – certamente não quererá interferir.

Deste modo, com o modelo da gestação de substituição altruísta, podemos dizer que se exclui o risco de o motivo principal do acordo e consentimento da mulher gestante, em dispor do seu corpo para suportar uma gravidez por outrem, seja apenas fazer face a uma situação de vulnerabilidade económica, o que implicaria uma grave afetação da sua autonomia física e do livre desenvolvimento da sua personalidade. Tal corresponderia a uma excessiva instrumentalização da sua autonomia corporal e volitiva, o que poria em cheque a dignidade da gestante. Com efeito, no contrato de gestação de substituição há algo que extravasa uma simples relação de trabalho ou de prestação de serviços: há a disposição do próprio corpo nas suas dimensões mais íntimas e há o envolvimento afetivo com uma criança, o que, ao contrário do que geralmente sucederá com um contrato de trabalho ou uma prestação de serviços, não deve, pela natureza pessoalíssima dos bens em causa, ter como motivo determinante o recebimento de um preço.

De qualquer forma, como salientou o Tribunal, a gestação de substituição não constitui só por si uma afetação intolerável da autonomia, dado que a gravidez não é de forma alguma incapacitante no que respeita à generalidade das atividades quotidianas da gestante. Além disso, o regime legal dá garantias de salvaguarda da autonomia da gestante. Muito em especial, o artigo 8.º da Lei da PMA determina que: “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” (n.º 6), e “o contrato [...] não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade” (n.º 11). Além disso, a gestante deve, antes de dar

o seu consentimento, nos termos do artigo 14.º, ser informada, por escrito, “de todos os benefícios e riscos resultantes das técnicas de PMA [em causa na gestação de substituição], bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas” (n.º 2) e, ainda, “do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal” (n.º 6). Talvez estas garantias não sejam suficientes. Mas então a discussão já não vai situar no plano da admissibilidade do contrato de gestação de substituição em si mesmo, mas na questão de saber se não serão deficitárias as garantias de autonomia da gestante, nomeadamente, como se verá adiante, no que respeita ao regime do consentimento informado.

Mais crítica, sem dúvida, será a questão da dignidade da criança e do seu direito ao desenvolvimento da personalidade. Com efeito, a gestante é uma pessoa responsável e adulta e age por sua vontade, ainda que por solicitação de terceiros. Já a criança não tem qualquer liberdade de escolha e haverá certamente uma instrumentação da criança, que não se poderá admitir, caso a gestação de substituição implique alguma lesão dos seus direitos de personalidade.

Quanto à dignidade e aos direitos da criança, diga-se que o Tribunal não olhou para a criança isolada, mas antes – e bem – como *ser em relação*, não apenas com a gestante, mas também com o casal beneficiário, os pais intencionais. Com efeito, por muita influência que possa ter a gestante, será essencialmente na sua relação efetiva com os pais que vierem a cuidar da criança que ela construirá a sua identidade pessoal e desenvolverá a sua personalidade. Partiu o Tribunal, no ponto 35 do Acórdão, da premissa factual, obtida por interpretação do Parecer n.º 63/CNECV/2012, de que “o perigo inerente à gestação de substituição para o desenvolvimento da criança reveste um grau de abstração elevado e de significativa incerteza” e acrescentou que de todo o modo “também não se exclui que eventuais impactos negativos não possam ser compensados por uma experiência de parentalidade mais intensa, porque muito desejada e alcançada após a superação de enorme sofrimento”.

Nos votos de vencido do Acórdão houve a alusão a um *princípio de precaução* que não teria sido devidamente considerado. Com efeito, o Acórdão menciona a ideia de precaução, mas não lhe dá porventura a relevância que deveria ter dado. A invocação deste princípio da razão prática é plenamente justificada. Ele nasceu no direito do ambiente – onde surge nos instrumentos internacionais de *soft law* e tem sido crescentemente reconhecido pelas diferentes ordens jurídicas, a nível legal, doutrinário e



jurisprudencial, como um princípio normativamente vinculativo – mas tem maior justificação no domínio da procriação medicamente assistida. Se, apesar da falta de certeza científica sobre a ocorrência de um dano ecológico grave e irreversível, devemos evitar o risco da sua consumação, por maioria de razão e com maior preocupação, devemos, em semelhante circunstância de incerteza científica, evitar os riscos de danos pessoais decorrentes da medicina reprodutiva. Assim, perante a incerteza sobre os riscos envolvidos para a criança na gestação de substituição, esta deveria ser proscrita. Sucede, porém, que o princípio da precaução não impõe, ao contrário do que parece resultar dos mencionados votos de vencido, a abstenção de todo e qualquer risco. Em situação de incerteza científica, dado que o risco é muito abstrato, só se impõe a obrigação de evitar os riscos de um hipotético dano com um grau mínimo de gravidade. Se o dano – que por definição é abstrato ou meramente hipotético (dado que não há certeza científica) – for pouco significativo e/ou facilmente reversível, então o risco da sua ocorrência não obsta à ação arriscada. Ora o Tribunal respondeu, como vimos, que os riscos para o desenvolvimento da criança revestem um elevado grau de abstração, e que, mesmo que se verificasse alguma possível perturbação, não teria gravidade, nem teria efeitos irreversíveis pois poderia ser “*compensado*”. Note-se que, neste ponto, o Tribunal já não se moveu apenas no domínio da delimitação do princípio da precaução, mas antes da simultânea invocação de um *princípio de compensação*. Ou seja, o Tribunal não excluiu totalmente que possa haver algum risco remoto de perturbação, mas fez prevalecer a ideia de que a criança é um *ser em relação*, que se desenvolverá no *cuidado* e no *afeto* da relação com os pais e que, nesse cuidado e afeto, ficará salvaguardado o bem maior do salutar desenvolvimento da criança.

O Tribunal admitiu, portanto, a validade constitucional da figura dos contratos de gestação de substituição. Porém, como veremos já de seguida, colocou uma condição – a do *direito ao arrependimento da gestante* – que, independentemente da sua justificação, implica não apenas a sua *consagração na legislação*, mas também *outras necessárias e relevantes alterações* ao modelo traçado pelo legislador de 2016, de modo a respeitar o equilíbrio de direitos ou interesses subjacente ao Acórdão.

Em suma, o Acórdão admitiu a validade dos contratos de gestação de substituição, mas, ao colocar como condição o direito ao arrependimento da gestante, sem deixar ao mesmo tempo de reconhecer relevância à posição do casal beneficiário, vai implicar que sejam introduzidas *alterações significativas* ao modelo traçado pela Lei n.º 25/2016.

#### 4. A questão da livre revogabilidade do consentimento da gestante até à entrega da criança

Gostaria de me pronunciar agora sobre a *fundamentação* do Acórdão no que diz respeito ao chamado direito ao “arrependimento” da gestante – isto é, a livre revogabilidade do consentimento da gestante subjacente ao contrato de gestação de substituição até ao momento da entrega da criança. E gostaria também, sem contestar o acerto da decisão final do Acórdão, de dar algumas indicações ao legislador, a fim de que este possa – caso pretenda manter o contrato de gestação de substituição como com toda a probabilidade quererá – sair da encruzilhada que resulta do facto de se admitir, simultaneamente e com fundamento no mesmíssimo princípio (o princípio da dignidade da pessoa humana), a validade do contrato de gestação de substituição e o direito ao arrependimento da gestante.

Nos termos do artigo 8.º, n.º 8, conjugado com o artigo 14.º, n.º 5, da LPMA, o consentimento da gestante só poderia ser revogado até ao início dos processos terapêuticos de PMA. Ou seja, depois de implantado o embrião na gestante já não lhe seria possível revogar o seu consentimento, sendo assim irreversível a renúncia aos deveres e poderes próprios da maternidade que o contrato de gestação de substituição implica (ver artigo 8.º, n.º 1, da LPMA).

Sem contestar, como vimos, que seja constitucionalmente admissível o contrato de gestação de substituição, segundo o entendimento de que este não viola só por si o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, o Tribunal entendeu, porém, que o que poderia violar essa dignidade da gestante e o direito ao desenvolvimento da sua personalidade, por consubstanciar uma excessiva instrumentalização da mesma, comprometendo a sua dignidade, seria não lhe conceder um direito ao arrependimento ou à livre revogação do consentimento, subjacente ao contrato, até à entrega da criança.

Segundo o Tribunal: “Para a gestante o seu consentimento cobre um significativo período de tempo, durante o qual o seu corpo e a sua saúde psicológica e emocional vão sofrendo alterações várias [...] Por isso, o consentimento traduz o exercício do seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade com referência a cada uma das fases do processo de gestação de substituição”.

Ora o Tribunal partiu aqui de um pressuposto de que “a gestação é um processo dinâmico e único, em que se cria uma relação entre a grávida e o feto que se vai desenvolvendo no seu seio”. Apoiando-se no Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida, elaborado pelo então presidente do

CNECV, Miguel Oliveira e Silva, em vista do Parecer n.º 63/CNECV/2012, o Tribunal fundou-se em determinados dados de facto, que se podem enumerar: (i) “O recém nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que foi gerado: há uma diferente identidade (até epigénica)”; (ii) “A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião”; (iii) “E inversamente o embrião/feto altera a mãe gestatória, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspetos emocional e espiritual) – nenhuma mulher é a mesma (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna”; (iv) “A grávida de substituição pode entregar a criança após o parto à “mãe legal-social”, mas terá toda a sua vida na respetiva circulação DNA desse ser humano, possivelmente com consequências na respetiva saúde e comportamento”; (v) “A grávida não se limita a alimentar o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o microambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigénio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes”. Além disso, acrescenta o Tribunal que o processo de gestação é “um fenómeno dinâmico e imprevisível quanto a uma série de vicissitudes possíveis”.

Entendeu também o Tribunal que, dada a “natureza pessoalíssima” das obrigações decorrentes do contrato de gestação de substituição, “as mesmas só são compatíveis com a dignidade da gestante, na medida em que o seu cumprimento corresponda a uma atuação por si voluntariamente assumida”. Assim, “caso a gestante se venha a opor à execução do contrato de gestação de substituição, é de concluir que uma execução forçada do mesmo, ou uma penalização pecuniária pelo seu incumprimento, devem ser consideradas como uma afetação não realmente consentida da sua personalidade”.

O Tribunal considerou que o direito ao desenvolvimento da personalidade, que subjaz ao livre consentimento da gestante, teria de ser salvaguardado ao longo de todo o processo de gestação até à entrega da criança. Assim, não só “a insuficiência de informação eventualmente viciante do consentimento inicial”, mas também “a alteração posterior e imprevisível da sua vontade em razão das vicissitudes ocorridas durante a gestação ou parto”, implicariam que a sua participação no processo deixaria de corresponder à “afirmação livre e responsável da sua personalidade” e, logo, ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, passando assim a verificar-se uma instrumentalização involuntária da gestante, num domínio pessoalíssimo, que compromete a sua dignidade.

Conclui, em suma, o Tribunal que a vontade da gestante, o seu consentimento, tem de se manter “atual” ao longo de todo o processo de gestação e após o parto, sob pena de, perante a ausência de vontade positiva atual, nomeadamente no momento da entrega da criança, a sua participação no processo a degradar a mero instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários. Tanto mais que, segundo o Tribunal, o consentimento prestado antes da transferência do embrião não se poderia ter como “totalmente esclarecido – dada a imprevisibilidade de todas as vicissitudes que podem ocorrer durante o período de gestação e durante o próprio parto”.

Por aqui, poderia parecer que o Tribunal entenderia que, na gestação de substituição, seria constitucionalmente exigida uma solução similar à que se verifica na adoção consentida pela mãe biológica, em que esta é totalmente livre de entregar ou não entregar a criança até que haja decisão judicial que opere a alteração dos vínculos de maternidade e/ou paternidade. É neste sentido que vão os Projetos de Lei n.º 71/XIV/1ª e n.º 247/XIV/1ª atualmente em discussão no Parlamento. Estes Projetos tiveram, contudo, parecer negativo do CNECV, por se considerar que a possibilidade da gestante se recusar a cumprir o contrato com uma *decisão de vontade imotivada* não concilia num justo equilíbrio todos os direitos potencialmente em conflito.<sup>16</sup>

Ora, a verdade é que o Tribunal, na fundamentação do Acórdão, não teve em vista essa solução, agora apresentada nos Projetos de Lei referidos e contestada pelo CNECV.

Com efeito, o Tribunal terá tido consciência de que, segundo a lei, a criança nunca pode ter origem em gâmetas da gestante e, pelo contrário, tem necessariamente o património genético de um ou de ambos os pais intencionais, acrescendo que não terá sido insensível à situação de especial vulnerabilidade da mulher medicamente incapacitada de suportar uma gravidez. Além disso, também não excluiu que o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante pudesse ser restringido, desde que de forma que não se afigure desproporcional, ou seja, admitiu que o direito da gestante pudesse ser sujeito à ponderação de outros direitos ou interesses constitucionalmente relevantes.

Por isso, conclui o Tribunal, no ponto 47 do Acórdão, que, em caso de conflito positivo de pretensões parentais, se devem “ponderar, em cada caso”, as razões dos beneficiários e da gestante, no “quadro de uma avaliação casuística” que tenha como “critério principal [...] o superior interesse da criança”.

<sup>16</sup> Parecer n.º 111/CNECV/2020.

Que pensar de tudo isto?

É de questionar se a solução encontrada no Acórdão não inviabilizará, na prática, a gestação de substituição. Com efeito, as pessoas terão mais receio de recorrer à gestação de substituição, pelo facto de a sua situação ficar dependente da vontade da gestante, e de, mesmo existindo provavelmente uma relação de confiança pessoal entre a gestante e o casal beneficiário, se poderem estes ver eventualmente envolvidos num conflito penoso e prejudicial à criança. E de facto, seria assim se a legislação que vier a ser aprovada se limitasse a consagrar um direito ao arrependimento da gestante, sem outras precauções legais que previnam o risco desse arrependimento.

A solução do Acórdão está certa no sentido em que o regime resultante da alteração de 2016 à LPMA – que estatui como efeito imediato do contrato a *renúncia antecipada e automática* ao estatuto de mãe, antes da implantação do embrião, da gestação e do parto, ou sob o efeito imediato deste, e nos termos em que estava previsto na lei a prestação do consentimento inicial no artigo 14.º da lei – pode configurar uma instrumentalização excessiva da gestante, degradando-a a mero meio ao serviço de outrem, mesmo tendo em consideração o seu consentimento voluntário inicial. Com efeito, os efeitos relacionais da gravidez, podem porventura implicar uma transformação psicológica profunda da gestante, de uma forma que não será totalmente previsível no momento em que assina o contrato.

O Tribunal salientou a transformação física e as interferências genéticas que a gravidez implica, mas veio também dizer – como vimos – que, ao longo da gravidez, a “saúde psicológica e emocional [da gestante vai] sofrendo alterações várias” e reconheceu, em consonância com o CNECV, que “nenhuma mulher é a mesma [do ponto de vista não só da sua biologia mas também da sua] vida psíquica e espiritual, depois de cada gravidez”. É certo que a experiência britânica, baseada num modelo de gestação de substituição altruísta tal como o português, demonstra que a generalidade das mulheres gestantes lida bem com a entrega da criança e não se verificam impactos psicológicos negativos futuros.<sup>17</sup> Mas podem ocorrer casos em que a gestante não consiga, sem grave risco para o seu equilíbrio emocional, entregar a criança.

De qualquer forma, cumpre aqui dizer que o que pode justificar e consequentemente traçar os limites do direito ao arrependimento é precisamente a acima mencionada transformação psicológica da gestante e os riscos que daí podem decorrer para a sua saúde interior, no caso de entrega a criança. Não

<sup>17</sup> ANNIE YAU et al., “Medical and Mental Health Implications of Gestational Surrogacy”, in *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Sept. 2020, p. 267.

é a possibilidade, a que o Tribunal chegou a aludir de passagem, da gestante, por sua livre vontade, assumir um “projeto parental próprio”. Parece-nos evidente que a correta leitura do Acórdão leva à conclusão de que são razões ponderosas, nomeadamente razões do foro psicológico intersubjetivamente avaliáveis – e não apenas a vontade subjetiva súbita de assumir, contra um compromisso contratualizado, um projeto parental que era de outros – que, a verificar-se em termos radicais e imprevisíveis, poderá justificar o exercício do direito ao arrependimento e, consequentemente, definir os seus limites.

O Acórdão devia, todavia, ter ponderado mais explicitamente a posição dos pais intencionais e genéticos. Com efeito, foram eles que estiveram na origem do projeto parental de que resulta a criança, que disponibilizaram o embrião com o património genético de pelo menos um deles ou de ambos e que, certamente, terão dificuldade em repetir um novo processo de gestação de substituição, dado que a mulher padece de ausência, lesão ou doença de útero que impede de forma absoluta e definitiva a gravidez e ambos ficarão por certo fortemente vulnerabilizados pela situação conflitual criada com a gestante que se recusar a entregar a criança (a perda de chance do casal beneficiário é, com grande probabilidade, definitiva). Acresce que a genética está muito longe de ser o único ou mesmo o decisivo elemento definidor da identidade pessoal e da personalidade, seja da criança, seja da gestante, seja dos pais intencionais. Mas se o Acórdão invocou a relevância da genética para firmar a posição da gestante não poderia deixar de fazer o mesmo quanto à posição dos pais. Finalmente, em todo este processo, estão também em causa direitos de personalidade dos pais intencionais, que também não podem, sob pena de instrumentalização da sua autonomia, ser tratados como mero objeto do arbítrio da gestante, resultante da denúncia imotivada do contrato.

Com efeito, não se pode esquecer que a situação criada com a eventual não entrega da criança é de *colisão de direitos de personalidade*. Como diz Sousa Ribeiro: “Em todo o processo está presente, como marca identificadora, o exercício do direito dos beneficiários ao *desenvolvimento da personalidade e a constituir família*, em vista de integrar na sua *identidade pessoal* a condição de pais, de acordo com a sua conceção de vida com sentido”.<sup>18</sup>

Não pretendemos com isto, porém, tirar a conclusão de que o Acórdão decidiu mal. Tanto mais que, apesar de não o ter feito claramente, é evidente que – como dissemos – teve em consideração a posição dos pais intencionais.

<sup>18</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Breve Análise de Duas Questões Problemáticas: O Direito ao Arrependimento da Gestante de Substituição e o Anonimato dos Dadores”, in *Colóquio Internacional: Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, cit., p. 32.

Só isso explica que o Tribunal tenha admitido (no já citado ponto 47 do Acórdão) que, no caso de arrependimento, a colisão de pretensões parentais fosse resolvida no quadro de uma *ponderação “em cada caso”*. Ora, assim sendo, o direito ao arrependimento da gestante não pode ser tido como um direito absoluto.

A solução dada pelo Acórdão implica, porém, alterações legislativas consideráveis. Com efeito, o arrependimento – pondo em causa o projeto parental dos pais intencionais e genéticos, e gerando, portanto, uma situação de conflito – não é desejável, devendo ser prevenido ou evitado pela lei. Acresce que, para a hipótese de haver arrependimento, deverá a lei gizar um critério normativo para definir a sua relevância e os seus limites.

### 5. A execução legislativa do Acórdão e a difícil saída da encruzilhada

Passamos de seguida a dar algumas sugestões para que o legislador parlamentar possa, respeitando os pressupostos do Acórdão, sair da encruzilhada que resulta da simultânea admissão (à luz do princípio da dignidade da pessoa humana) dos contratos de gestação de substituição e do direito ao arrependimento da gestante até à entrega da criança.

Comece por se dizer que é indiscutível que, dentro dos pressupostos do Acórdão, o legislador deverá fixar um *prazo máximo* (porventura, e sem prejuízo de melhor reflexão, entre 6 e 12 semanas) *dentro do qual deverá ser formalizada a entrega da criança*. A não fixação de um prazo gerará uma situação de incerteza a todos os títulos nociva. Deverá, portanto, haver no procedimento uma *formalização da entrega da criança*, a operar dentro de determinado limite temporal.

Depois, como dissemos, a lei deverá *prevenir o risco de conflito positivo de pretensões parentais*. É claro que este risco será reduzido no caso da existência de uma prévia relação de proximidade e confiança pessoal entre a gestante e os pais intencionais. Mas os *contornos dramáticos* que um conflito da natureza do que pode estar aqui em causa pode assumir, impõem que a lei tome a seu cargo medidas mínimas de prevenção dos danos de bens de personalidade que podem ocorrer.

Desde logo, a lei deverá estabelecer uma nova condição procedimental e uma nova condição substantiva do contrato de gestação de substituição, de modo a garantir o caráter plenamente informado do consentimento inicial da gestante.

Assim, as exigências procedimentais do *consentimento informado inicial* da gestante têm de ser reforçadas. A LPMA deverá estabelecer expressamente,

no seu artigo 14.º, que *a consistência das motivações altruístas da gestante, a sua determinação em entregar a criança após o parto e a ausência de riscos para a sua saúde decorrentes dessa entrega, deverão ser psicologicamente avaliadas, por profissionais qualificados para o efeito, no processo de autorização do contrato junto do CNPMA, e mais exatamente no momento do consentimento inicial*.<sup>19</sup> De modo a prevenir adequadamente o dramático conflito que resultará dum possível arrependimento da gestante, esta *avaliação do impacto psicológico* do processo de gestação de substituição deverá ser *levada a sério (não podendo ser uma mera formalidade)*, segundo o elementar princípio da razão prática de que mais vale prevenir do que remediar. Esta avaliação de impacto psicológico deve ser feita em diálogo com profissionais qualificados para o efeito, mas não em conjunto com os pais intencionais, de modo a garantir a total liberdade de reflexão e comunicação da gestante antes de se iniciarem os processos terapêuticos.

Além disso, para “minimizar” a imprevisibilidade dos efeitos da gestação na gestante, e, conseqüentemente, “o sentimento de perda e o risco de arrependimento aquando da entrega da criança após o parto”, a LPMA deveria prever – como propõe Margarida Silvestre – que *a gestante já tenha filhos*.<sup>20</sup> O Projeto n.º 71/XIV/1ª prevê esta condição a título meramente preferencial, nos termos seguintes: “*Sem prejuízo das concretas circunstâncias do caso o poderem impedir, a gestante de substituição deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe*”. O Parecer do CNPMA de 18 de outubro de 2020, que se pronunciou sobre este projeto, é mais categórico e prevê esta condição como essencial ou necessária, da forma que se segue: “*Apenas pode ser gestante de substituição a mulher que seja mãe de pelo menos uma criança por si gerada e que sempre tenha mantido quanto a esse ou esses seus descendentes, sem qualquer limitação, todos os direitos e deveres de responsabilidade parental*”.

Tendemos a concordar com a posição do CNPMA, pelo menos na parte em que exige a obrigatoriedade do requisito de a gestante já ter filhos. Na verdade, a experiência da gestação e do nascimento será menos surpreendente e imprevisível se não se tratar da primeira gravidez e parto, o que aumenta consideravelmente o pleno esclarecimento da gestante, como pressuposto da sua autodeterminação responsável, no momento do consentimento inicial

<sup>19</sup> Recorde-se que já o Parecer n.º 63/CNECV/2012 exigia como condição de admissibilidade da gestação de substituição que: “As motivações altruístas da gestante devem ser previamente avaliadas por equipa de saúde multidisciplinar, não envolvida no processo de PMA”.

<sup>20</sup> MARGARIDA SILVESTRE, “Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um Comentário”, in *Colóquio Internacional: Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal?*, cit., p. 47 s.



no processo de gestação de substituição. Não excluimos totalmente que, em situações de impossibilidade, se possa admitir excepcionalmente que uma mulher que não tem filhos seja gestante para outrem, tanto mais que uma mulher já com filhos poderá porventura ter algum tipo de enquadramento familiar que possa dificultar a sua disponibilidade. No entanto, abdicando desta condição, o risco de arrependimento da gestante obviamente aumenta e o seu direito ao arrependimento ganha peso num eventual conflito de pretensões parentais. Com efeito, se a gestante nunca tiver tido a experiência da maternidade torna-se mais difícil – em consonância com os termos em que o Acórdão justifica o direito ao arrependimento – presumir a prevalência da posição do casal beneficiário em caso de conflito (tal como adiante propomos, no pressuposto de que, para além da mulher beneficiária se encontrar definitivamente incapacitada de levar a cabo uma gravidez, a gestante já tenha filhos e tenha sido devidamente levada a sério a avaliação de impacto psicológico acima defendida para o momento do consentimento inicial).

Por fim, a LPMA deveria, ainda, prever que seja assegurada no procedimento, isto é, desde o início dos processos terapêuticos até à entrega da criança, não só o *necessário apoio psicológico da gestante ao longo de todo o processo*,<sup>21</sup> mas ainda, a possibilidade de, *nesse quadro profissionalmente assistido, poder haver, eventualmente, alguma forma de encontro periódico entre a gestante e os pais intencionais*. O Projeto de Lei n.º 71/XIV/1<sup>a</sup> prevê esse apoio psicológico continuado, mas como direito subjetivo da gestante, ou seja, a título meramente facultativo, e o Projeto de Lei n.º 247/XIV/1<sup>a</sup> prevê o eventual acompanhamento da gestante pelos pais intencionais, mas sem qualquer mediação profissional. Defendemos, diferentemente, que a lei consagre um *adequado modelo dialógico de acompanhamento da gestante*, que se processe deontologicamente sem pôr em causa a autonomia e autorresponsabilidade da gestante, mas que, ao mesmo tempo, tenha em consideração a complexidade humano-relacional e interativa que a gestação de substituição implica e reduza o risco de arrependimento e de um conseqüente penoso conflito.

Parece-nos que com as condições procedimentais e a condição substantiva acima elencadas, a que acrescerá a relação de confiança pessoal provavelmente existente entre a gestante e os pais intencionais, serão *muitíssimo raros os casos em que a gestante se oponha à entrega da criança*. A verdade, porém, é que mesmo o altamente improvável não é impossível.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 48. Aí se propõe que o apoio psicológico à gestante durante a gravidez e após o parto seja obrigatório.

Para esses casos, que, como dissemos, se esperam que sejam raríssimos, mas não são impossíveis, seria conveniente *criar um novo processo especial de cariz jurisdicional*, destinado especificamente à resolução de eventuais conflitos no quadro dos contratos de gestação de substituição, que garanta uma adequada *tentativa de conciliação com intervenção pericial* de profissionais qualificados para o efeito. De qualquer modo, a tramitação desse processo não deverá afastar-se muito da estabelecida para o *processo especial de tutela da personalidade*, tal como está regulado, com a sua *tramitação urgente* e incluindo a *tentativa de conciliação*, nos artigos 878.º a 880.º do Código de Processo Civil. Aliás, é evidente que a definição dos vínculos de filiação envolve interesses pessoalíssimos que – como atrás dissemos – não podem deixar de se considerar como integrantes do cerne dos direitos de personalidade dos envolvidos, desde logo, da criança, mas também da gestante e dos pais intencionais e genéticos.

Além disso, a lei deverá dar alguma diretiva para resolver a colisão de direitos de personalidade que pode decorrer do conflito positivo de pretensões parentais.

Segundo o Tribunal Constitucional, a resolução casuística da situação de conflito deve ter como *critério principal (mas não único) o superior interesse da criança*. Deve aqui acrescentar-se que terá de se tratar do superior interesse da criança não em termos imediatos, mas sim *durante toda a infância e juventude*. A lei deverá pois ter como parâmetro geral, a *densificar um pouco mais especificamente, aquilo que típica e objetivamente é melhor para a criança*, tendo naturalmente em conta aquilo que é o normal *exercício das responsabilidades parentais*, isto é, terá de se verificar quem tem melhores condições para educar, cuidar e dar afeto à criança, em vista da *construção da sua identidade pessoal e do desenvolvimento da sua personalidade durante a infância e juventude*.

Mas, além disso, é necessário, *em simultâneo, ponderar a posição dos adultos*, pois a criança só existirá como *ser em relação* com eles e é com eles que construirá a sua identidade pessoal e desenvolverá a sua personalidade. Aqui deverá ter-se em consideração que se, no procedimento, *for reforçada a avaliação psicológica da consistência do consentimento inicial* da gestante e se ela *já tiver alguma criança* – como propomos que deva suceder – a balança da equidade deverá tender, como regra, para o casal beneficiário, que, por *infortúnio médico*, não tem nenhuma criança, tanto mais que o consentimento da gestante será especialmente bem informado, dado que a experiência da gravidez e parto, sendo sempre singular, não terá sido totalmente nova. Não se exclui, porém, que a gestante possa invocar *alguma razão ponderosa* que torne *intersubjetivamente compreensível* a sua mudança de atitude e a recusa em



cumprir o contrato que celebrou. Considera-se como uma razão ponderosa, nomeadamente, uma transformação psicológica profunda ocorrida durante a gestação e parto, que implique, no caso de entrega da criança, risco sério, concreto e duradouro para a estabilidade ou equilíbrio psíquico da gestante – um perigo que, com forte probabilidade, será remoto, todavia, se forem cumpridas e verificadas no procedimento as condições acima elencadas para reduzir o risco de arrependimento.

Em suma, respeitando o equilíbrio de posições subjacente ao Acórdão, a LPMA poderá – *no pressuposto de que tenha havido uma rigorosa prévia avaliação do impacto psicológico da gestação de substituição e da entrega da criança e de que a gestante já tenha filhos* – estabelecer uma presunção de que a criança deve ser entregue ao casal beneficiário, ficando a livre revogabilidade do consentimento da gestante simultaneamente condicionada pela sua igual ou maior capacidade de exercício das responsabilidades parentais e pela existência de um risco sério e duradouro para a sua estabilidade psicológica em caso de entrega da criança.

## 6. Conclusão

Como vimos de início, é impossível uma decisão judicial numa matéria como a gestação de substituição que permita satisfazer todas as partes. O Acórdão procurou, na sua decisão e na sua fundamentação, chegar a uma solução de equilíbrio. Mas, mesmo as soluções de equilíbrio implicam sempre alguma dose de frustração. Haverá certamente quem pretenda que a gestação de substituição gera uma rede tão complexa de interferências intersubjetivas que deveria ser pura e simplesmente proibida; haverá quem entenda que o direito ao arrependimento da gestante deve ser absoluto; e haverá também quem entenda que, pelo contrário, uma vez assumido o compromisso pela gestante, nenhuma razão possível poderá implicar a quebra do mesmo, devendo ela entregar em qualquer caso a criança, mesmo que forçada. O sentido geral do Acórdão é o de que a regulamentação da gestação de substituição deverá tentar encontrar um fino equilíbrio de concordância prática entre todas estas posições. É neste sentido que deve ser interpretado o Acórdão e é esta a bitola que deve orientar o legislador na reformulação que intenciona do conteúdo normativo da lei.

A gestação de substituição, permitindo atender ao legítimo desejo de ter filhos por parte de mulheres que, por razões médicas, estão incapacitadas de o fazer, não implica, só por si, uma violação da dignidade da gestante, nem da criança. Com efeito, por um lado, a gestante age de forma autorresponsável ao decidir generosamente ajudar, fazer o bem, a alguém desfavorecido pela

sorte, e, por outro lado, os riscos de perturbação para a criança não só são remotos como, em última análise, serão absorvidos no cuidado e no afeto da sua relação com os pais. No entanto, o facto de se admitir a gestação de substituição cria uma complexa rede de interferência de diferentes direitos de personalidade e polos de autonomia. E a admissão do chamado direito ao arrependimento da gestante e da consequente não entrega da criança, embora exigido pela dignidade da gestante, adensa, ainda mais, essa complexidade, pois podem gerar-se conflitos de pretensões parentais.

A solução que propomos para resolver o problema consubstancia-se na seguinte ideia-chave: a lei deverá prevenir adequadamente o risco de arrependimento e, se o fizer, o direito ao arrependimento perde “peso” numa eventual colisão de pretensões parentais. Para prevenir o arrependimento, a lei deverá, entre outras medidas, prever uma adequada avaliação do impacto psicológico da gestação e da entrega da criança no momento do consentimento inicial da gestante e esta deverá, por regra, já ter filhos. Verificados estes pressupostos, se ocorrer um conflito positivo de pretensões parentais, a lei presumirá a prevalência da posição do casal beneficiário, salvo se a gestante tiver igual ou maior capacidade de exercício das responsabilidades parentais e, além disso, existir, em concreto, perigo sério e duradouro para a estabilidade ou equilíbrio psíquico da gestante decorrente da entrega da criança (um perigo que será todavia relativamente remoto, se forem cumpridas no procedimento as condições necessárias para prevenir o risco de arrependimento).

Para o legislador parlamentar, a saída da encruzilhada – resultante de, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, se permitir a gestação de substituição, mas ter também, ao mesmo tempo, que se admitir o direito ao arrependimento da gestante – é pois possível. É, todavia, uma saída que implica um fino e delicado equilíbrio a lograr através de um cuidadoso trabalho de reconstrução legislativa.