



DEBATENDO A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

Investigadoras Responsáveis

LUÍSA NETO
FDUP e CIJE

RUTE TEIXEIRA PEDRO
FDUP e CIJE

PUBLICAÇÃO CORRESPONDENTE A ACTAS DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL
“DEBATENDO A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA”

Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017

Projecto FCT UID 443_CIJÉ

DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Investigadoras Responsáveis

LUÍSA NETO

FDUP e CIJE

RUTE TEIXEIRA PEDRO

FDUP e CIJE

PUBLICAÇÃO CORRESPONDENTE A ACTAS DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL
“DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA”

Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017

Projecto FCT UID 443_CIJÉ

TÍTULO

Debatendo a Procriação Medicamente Assistida

INVESTIGADORES RESPONSÁVEIS

Luísa Neto

Rute Teixeira Pedro

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

ISBN

978-989-746-154-5

ÍNDICE

NOTA INTRODUTÓRIA	5
PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: NOVOS DIREITOS, NOVOS DESAFIOS.....	7
Alberto Barros	
CONTROLE DO MATERIAL GENÉTICO DOADO E DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA: REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES	9
Ana Cláudia Silva Scalquette	
O CONTRIBUTO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM.....	23
Anabela Costa Leão	
FILHOS DE PAI ANÓNIMO NO SÉCULO XXI!	41
André Gonçalo Dias Pereira	
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	55
Benedita Mac Crorie	
A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS	63
Helena Mota	
O (NOVO) REGIME DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: POSSIBILIDADES E RESTRIÇÕES	83
Luísa Neto	
NASCIMENTO ANÓNIMO, PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E DIREITO A CONHECER AS RESPECTIVAS ORIGENS NUMA PERSPECTIVA COMPARADA	93
Maria Gabriella Stanzione	

‘SUBITAMENTE, NO VERÃO PASSADO’: A CONTRATUALIZAÇÃO DA GESTAÇÃO HUMANA E OS PROBLEMAS RELATIVOS AO CONSENTIMENTO	107
Maria Raquel Guimarães	
ACORDOS TRANSFRONTEIRIÇOS EM MATÉRIA DE MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	127
Roberto Andorno	
A LIBERDADE ÉTICA DA PESSOA HUMANA	137
Rui Nunes	
UMA REVOLUÇÃO NA CONCEÇÃO JURÍDICA DA PARENTALIDADE?	149
Rute Teixeira Pedro	
“A PARTE GESTANTE ESTÁ PROIBIDA DE PINTAR AS UNHAS”:	169
Vera Lúcia Raposo / 黎慧華	
PERFIS ATUAIS DA SAÚDE REPRODUTIVA NA ITÁLIA, ENTRE PROIBIÇÕES LEGISLATIVAS E JULGAMENTOS JURISPRUDENCIAIS	189
Vitulia Ivone	

NOTA INTRODUTÓRIA

Realizou-se nos passados dias 16 e 17 de Março de 2017 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto o Seminário Internacional *“Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”*, um encontro organizado pelo projecto Procriação Medicamente Assistida da linha de Investigação Novos Direitos do Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP.

O Seminário realizou-se no âmbito do referido projecto, financiado pela FCT (Projecto FCT UID 443_CIJJE), que pretendeu discutir as implicações da reforma do regime jurídico aplicável, em Portugal, à Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.), previsto, no presente momento, na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e das alterações sofridas em 2016 e que tornaram (ainda mais) relevante e atual a reflexão sobre a matéria.

De facto, a possibilidade de recurso a métodos terapêuticos para a concretização de um projeto parental, interpelando várias ordenas normativas, nomeadamente a moral, coloca difíceis questões a que o Direito é chamado a responder. À luz da incumbência prevista no art.º 67.º, n.º 2 e) da CRP, desde 1997, de o Estado regular a P.M.A., “em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”, a citada lei de 2006 acolheu soluções para várias questões carecidas de resposta jurídica. Por outro lado, as referidas alterações de 2016 levaram porventura a uma objectiva refundação — ainda que, naturalmente, passível de crítica v.g. científica — dos segmentos normativos em apreciação.

Assim, aproveitando o contexto de modificação do direito constituído, foi assumido o desafio de refletir sobre várias problemáticas relacionadas com o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, considerando em particular as áreas do Direito Constitucional e do Direito da Família e das Sucessões, com a atenção imprescindível às imposições de Direito Internacional Público e aos reflexos no Direito Internacional Privado.

Considerando a necessária proteção jurídica dos vários bens e valores juridicamente protegidos que, nesta matéria, se encontram em conflito, foram abordados criticamente vários assuntos, nomeadamente, entre outros, os que contendem com o princípio da proibição da discriminação das pessoas geradas a partir destas técnicas, as regras do anonimato e da confidencialidade, em caso de procriação heteróloga, o direito ao conhecimento das origens genéticas de cada pessoa, o estatuto jurídico dos embriões, o jogo entre o princípio da subsidiariedade e da alternatividade no recurso à P.M.A., as condições de acesso a estas técnicas e o círculo de pessoas por elas abrangido, as repercussões quanto à definição do perímetro jurídico da noção de família, as implicações no estabelecimento dos vínculos jurídicos de paternidade e maternidade e o impacto que pode produzir-se no tratamento do fenómeno sucessório.

O Seminário deu uma outra concretização ao anterior estabelecimento de rede de discussão entre académicos com afiliações a instituições várias, portuguesas e estrangeiras — Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Estudos Judiciários, Universidade de Valladolid, Universidade de Zurique, Universidade de São Paulo, Universidade de Macau, Universidade de Salerno, Universidade Presbiteriana Mackenzie — que se têm dedicado ao debate do enquadramento jurídico e bioético no âmbito do projecto de investigação *supra* mencionado.

É a presente publicação um precipitado deste *iter*, coligindo-se os trabalhos doutrinários que visam permitir a disseminação deste conhecimento.

Prof. Doutora Luísa Neto, FDUP e CIJE

Prof. Doutora Rute Teixeira Pedro, FDUP e CIJE

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: NOVOS DIREITOS, NOVOS DESAFIOS

MEDICALLY ASSISTED PROCREATION: NEW RIGHTS, NEW CHALLENGES

Alberto Barros*

RESUMO

O texto aborda os novos desafios em matéria de procriação medicamente assistida.

Palavras Chave — PROCRIAÇÃO; FERTILIZAÇÃO; INFERTILIDADE; CONTRACEPÇÃO; EMBRIÃO

ABSTRACT

This text addresses the new challenges arising by medically assisted procreation.

Key Words — PROCREATION, FERTILIZATION, INFERTILITY, CONTRACEPTION; EMBRYO

A infertilidade, tradicionalmente definida como a ausência de gravidez após um ano de actividade sexual regular sem qualquer prática contraceptiva, continua a ser uma realidade crescente, envolvendo cerca de 15% dos casais em idade reprodutiva.

A complexidade dos mecanismos reprodutivos é tal que, mesmo nos casais em que “tudo” está aparentemente bem, a probabilidade mensal de alcançar uma gravidez de forma natural ronda os 25%, em mulheres até aos 30 anos, mas já será de 5-10% aos 40 anos e inferior a 1% a partir dos 45 anos.

A progressiva diminuição da capacidade procriativa da mulher, sobretudo a partir dos 35 anos, altura em que começa a ser cada vez mais nítida a falta de paralelismo entre a “idade cronológica” e a “idade procriativa” torna claro que o epíteto de “jovem” atribuível a uma mulher de 40 anos não pode ser reconhecido quando consideramos a sua “idade procriativa”.

O avanço do conhecimento tem permitido uma intervenção terapêutica progressivamente maior, nomeadamente através das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), criando legítimas expectativas de gravidez em muitos casais que, anteriormente, só teriam uma solução reprodutiva no domínio da utopia ou do “milagre biológico”.

O largo espectro em que as técnicas de PMA têm uma indicação médica correcta justifica amplamente o número de crianças que nascem todos os anos como resultado da sua aplicação. A nível mundial, já se realizam anualmente mais de 2 milhões de tratamentos de fertilização *in vitro*, havendo países em que as crianças nascidas em consequência da aplicação destas técnicas já constituem 5-6% do número total de recém-nascidos.

Em Portugal, em 2015, este valor foi de 2,9%, o que significa que o acesso dos casais a estas técnicas ainda está longe do que é necessário. De facto, apesar da maior sensibilização do poder legislativo e executivo para o entendimento da infertilidade como doença, ainda é necessário aumentar a capacidade de resposta, nomeadamente através do Sistema

* abarros@med.up.pt Professor Catedrático da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto

Nacional de Saúde, tendo em conta as graves consequências sociais e não apenas individuais da diminuição dramática da taxa de natalidade. Bastará recordar que 2,1 crianças por mulher é considerado o nível mínimo de substituição de gerações — o que não acontece em Portugal desde os anos 80, como revela o índice sintético de fecundidade (número médio de crianças vivas nascidas por mulher em idade fértil), que tem vindo a diminuir de forma preocupante ao longo das últimas décadas: 3,20 (1960), 2,25 (1980), 1,55 (2000) e 1,30 (2015).

O aumento desta capacidade de resposta tem ainda uma maior razão de ser pela responsabilidade assumida pelo estado ao alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, garantindo o acesso de todos os casais e de todas as mulheres à PMA, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade (Lei nº 17/2016, de 20 de Junho), e ao permitir o acesso à gestação de substituição — só possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem (Lei nº 25/2016, de 22 de Agosto).

Apesar de todos os avanços científicos e técnicos, há situações de infertilidade que não podem ser solucionadas com os gametas (espermatozóides ou ovócitos) dos próprios beneficiários. Nestes casos, é possível recorrer à inseminação artificial ou fertilização *in vitro* com espermatozóides de dador ou à fertilização *in vitro* com ovócitos de dadora, consoante o problema se centre na ausência de produção ou na má qualidade de espermatozóides ou de ovócitos, respectivamente. Como é evidente, o recurso a espermatozóides de dador é indispensável para a aplicação das técnicas de PMA às mulheres sem parceiro e aos casais de mulheres.

A recente actualização da definição de infertilidade — *a disease characterized by the failure to establish a clinical pregnancy after 12 months of regular, unprotected sexual intercourse or due to an impairment of a person's capacity to reproduce either as an individual or with his/her partner* (The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017) — reflecte o abandono da exclusividade de pensar a infertilidade como um problema de um casal, passando também a considerar-se a dificuldade ou a impossibilidade reprodutiva individual.

Os “novos direitos” adquiridos com o alargamento dos beneficiários das técnicas de PMA criam inevitavelmente “novos desafios”, cuja natureza, potencialmente tão abrangente (filosófica, ética, religiosas, médica, jurídica), resultará em conclusões também potencialmente contraditórias.

A aplicação tão alargada das técnicas de procriação medicamente assistida é uma exaltação adicional à competência rigorosa dos profissionais, na informação que divulgam e nos actos que praticam, tendo sempre presente que as técnicas de PMA constituem um acto terapêutico, desejavelmente o menos invasivo e intervencionista possível, e não um “acto comercial”, de resposta favorável só porque é feito o pedido. Um dos “novos desafios” é, claramente, saber e ter a coragem de dizer... não!

CONTROLE DO MATERIAL GENÉTICO DOADO E DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA: REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

DONATED GENETIC MATERIAL CONTROL AND THE DESTINATION OF SURPLUS EMBRYOS IN ASSISTED REPRODUCTION: REPERCUSSIONS ON FAMILY AND INHERITANCE LAW

Ana Cláudia Silva Scalquette*

RESUMO

Neste artigo analisaremos a atual situação jurídica da Reprodução Humana Assistida no Brasil no que tange ao Controle do Material Genético Doadado e Destino dos Embriões Excedentários e seus reflexos no Direito de Família e Sucessões.

Após um breve retrospecto histórico, apontaremos as principais consequências advindas da falta de regulamentação legal específica quanto ao recorte metodológico proposto, a fim de ressaltar a importância de se buscar uma proteção positivada para a matéria, dirimindo a problemática existente, assim como já elaboraram vários países da América e União Europeia. Apresentaremos, ao final, possíveis soluções, constantes no Projeto de Lei n.º 115/2015, que tramita em regime de urgência na Câmara dos Deputados do Congresso Nacional, que visa a instituir o *Estatuto da Reprodução Assistida*, cujo objetivo é dirimir conflitos e pacificar as relações civis e sociais relativas à matéria da reprodução humana no âmbito civil, administrativo e penal.

Palavras Chave — REPRODUÇÃO ASSISTIDA; PROCRIAÇÃO; EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS; MATERIAL GENÉTICO; DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO DAS SUCESSÕES.

ABSTRACT

In this article we will analyze the current legal situation of Assisted Human Reproduction in Brazil regarding the Control of Donated Genetic Material and Destination of Surplus Embryos and their repercussions on Family and Inheritance Law.

After a brief historical review, we will point out the main consequences arising from the lack of specific legal regulation regarding the proposed methodological cut, in order to emphasize the importance of seeking protection provided by law for the matter, solving the existing problem, as already elaborated by several countries of America and the European Union.

We will present, at the end, possible solutions, contained in Bill n.º 115/2015, which is being urgently processed in the Chamber of Deputies of the National Congress, aimed at instituting the *Statute of Assisted Reproduction*, whose purpose is to resolve conflicts and pacify the civil and social relations related to the subject matter of Human Reproduction in the civil, administrative and criminal spheres.

Key Words — ASSISTED REPRODUCTION; PROCREATION; SURPLUS EMBRYOS; GENETIC MATERIAL; FAMILY LAW AND INHERITANCE LAW.

* ana.scalquette@mackenzie.br Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Presidente da Comissão Especial de Biotecnologia e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP). Advogada.

SUMÁRIO: *Introdução. 1. Reprodução Humana Assistida no Brasil. 2. Controle do Material Genético Doador e Destino dos Embriões Excedentários: reflexos no Direito de Família e das Sucessões. 3. Soluções Propostas. Conclusões.*

INTRODUÇÃO

O tema da Reprodução Assistida — ou da Procriação Medicamente Assistida como chamada em Portugal — desafia não apenas a ciência médica, mas, sobretudo, a ciência jurídica.

Inúmeros são os problemas que envolvem a aplicação e utilização das técnicas, irradiando efeitos que, até então, não eram previstos no ordenamento jurídico. Tais questões, em sua grande maioria, envolvem dilemas éticos que, a nosso ver, somente podem ser solucionados no mais estrito respeito a princípios e mandamentos constitucionais, sob pena de gerarem insegurança jurídica e abalarem as estruturas que se entendiam como sólidas, especialmente, no âmbito do direito civil.

Diversos temas foram discutidos no Seminário “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”, em evento que compôs o projeto organizado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), pelo Centro de Investigação Jurídico Econômica (CIJE) e pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT).

Coube-nos ressaltar as questões que envolvem o Controle do Material Genético Doador e o Destino dos Embriões Excedentários, analisando seus reflexos no Direito de Família e das Sucessões brasileiro.

Nossos objetivos nesta reflexão serão fornecer ao leitor uma amostra dos problemas que envolvem a Reprodução Humana sob a ótica da proteção e segurança jurídicas, apresentar a difícil realidade brasileira e, ao final, demonstrar um caminho para uma possível solução, discutido, na atualidade, em nosso Congresso Nacional.

1. Reprodução Humana Assistida no Brasil

Embora a Reprodução Assistida seja prática bastante antiga, existindo, há muito, o auxílio médico à reprodução, no âmbito da ginecologia, materializado com indicação de coito programado e tratamentos para endometriose, por exemplo, foi com a descoberta da técnica de fertilização *in vitro* que esta área específica começou a revolucionar questões de infertilidade e esterilidade no Brasil e no mundo.

O registro do primeiro nascimento do nominado “bebê de profeta” ocorreu na Inglaterra, em 25 de julho de 1978¹. Louise Joy Brown foi concebida graças à técnica desenvolvida pelo professor emérito da Universidade de Cambridge — Robert Edwards, feito que lhe rendeu, em 2010, o prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia.

¹ ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, *Estatuto da Reprodução Assistida*, São Paulo, 2010, p. 57

No Brasil, o nascimento do primeiro bebê, havido por fertilização *in vitro*, ocorreu em 1984, na região metropolitana de Curitiba² e, desde então, houve inúmeros avanços e aprimoramento das técnicas, mas acompanhados de dúvidas e incertezas, especialmente na área jurídica.

O primeiro e único artigo a dispor sobre reprodução humana assistida no Brasil é o artigo 1.597.º do atual Código Civil — Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002³, a saber:

“Artigo 1.597.º. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I — nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II — nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III — havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV — havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V — havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Observe-se que a redação apresenta problemas desde o *caput*, uma vez que descon siderou o *status* constitucional que se atribuiu às uniões estáveis, desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988. Contudo, ultrapassada esta questão que demandaria uma reflexão mais aprofundada em artigo específico, nos concentraremos nos três últimos incisos deste artigo que tratam da presunção de filiação no Código Civil brasileiro para demonstrar algumas de suas impropriedades.

De início, fazemos menção às expressões fecundação artificial homóloga (inciso III), embriões excedentários (inciso IV) e inseminação artificial heteróloga (inciso V).

Fecundação vem do latim *fecundatio*, proveniente do verbo *fecundare* que significa a fase da reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A palavra inseminação, por sua vez, tem origem no verbo *inseminare*, composto por *in* — dentro — e *semem* — semente — ou seja, traduz a técnica em que há a colocação do sêmen dentro do corpo da mulher.⁴

Já homóloga é a técnica em que são utilizados materiais genéticos do próprio casal, enquanto heteróloga é aquela em que é utilizado material genético de pelo menos um terceiro.⁵

Por fim, embriões excedentários são aqueles que sobram da concepção artificial, portanto, os ainda não implantados no útero materno.

Mesmo com estes esclarecimentos iniciais quanto à terminologia utilizada pelo legislador, constatamos que restam muitas dúvidas ao intérprete e, por consequência, à sociedade.

No caso de inseminação *post mortem*, prevista na presunção do inciso III, como ficaria o direito à herança do filho que viesse a nascer? Além deste questionamento, deve-se entender como necessária a autorização do marido para que seu material genético seja uti-

² ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE, Estatuto, p. 57.

³ Pesquisável em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

⁴ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, II, 39.a ed., São Paulo, 2009, pp. 360-361.

⁵ SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, VI, 27.a ed., São Paulo, 2002, p. 341.

lizado após a sua morte? Não se pensou a respeito de existir um filho de mulher falecida? Estaria, desta forma, vedada implicitamente a cessão temporária de útero, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”?

Caio Mário da Silva Pereira, sobre eventuais direitos sucessórios do filho havido por reprodução *post mortem*, externa seu pensamento e o papel da doutrina e jurisprudência asseverando que esta “questão controversa há de ser solucionada pela doutrina e jurisprudência”⁶.

Carlos Roberto Gonçalves também corrobora tal posicionamento afirmando que “enquanto não houver uma reforma legislativa, até mesmo para atender o princípio constitucional da não discriminação de filhos, caberá à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a solução dessa questão”⁷.

Retomando nossos questionamentos, no que tange ao inciso IV, os únicos embriões excedentários para efeito de presunção de filiação são os que sobram da concepção artificial homóloga? Se existirem embriões decorrentes da técnica heteróloga não poderiam ser considerados filhos por presunção?

No inciso V, por sua vez, presumem-se filhos do casal os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Questiona-se: A autorização da esposa não seria necessária para que sêmen de terceiro fosse colocado em seu ventre, já que se previu neste inciso a modalidade inseminação? Deve-se, ainda, pressupor que não pode haver a utilização de óvulo de doadora, uma vez que a técnica escolhida pelo legislador no inciso V para a modalidade heteróloga foi apenas a inseminação e não a fertilização? Não seria uma discriminação contra a mulher infértil?

Como frisamos na Introdução, estes questionamentos são apenas uma amostra dos problemas causados pela falta de regulamentação específica da matéria e, também, comprovam algumas das falhas da técnica legislativa empregada para a elaboração do lacunoso artigo 1.597.º do Código Civil.

Rosa Maria de Andrade Nery reflete sobre a falha legislativa:

“A lealdade, que norteia as técnicas de reprodução assistida, deriva da boa-fé objetiva. Apesar do legislador não ter completado todas as situações de filiação decorrentes das técnicas modernas de procriação artificial, o princípio que norteia essa relação é a da lealdade, e é com base nele que eventuais conflitos devem ser pacificados.”⁸

Enquanto não são reguladas de forma específica todas as hipóteses de filiação que podem decorrer da aplicação e uso das novas técnicas, acreditamos que a sugestão da autora seja o melhor caminho para uma correta interpretação, mas ressaltamos que o paliativo interpretativo não desobriga o legislador de responder aos anseios sociais para tutelar especificamente a matéria, como mais adiante defenderemos.

Destarte, tecidas as considerações iniciais, passaremos a abordar especificamente as questões que envolvem o controle do material genético doado e o destino dado aos embriões excedentários.

⁶ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 2012, p. 326.

⁷ CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo, 2017, p. 320.

⁸ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Instituições de Direito Civil*, V, São Paulo, 2015, p. 383.

2. Controle do Material Genético Dado e Destino dos Embriões Excedentários: Reflexos no Direito de Família e das Sucessões

Sempre nos pareceu necessário haver um controle rigoroso sobre a liberação do uso de material genético doado. Controle este não apenas no que se refere a exames específicos para que possam ser utilizados os materiais genéticos para uma fertilização, pois esta prática já é adotada, em conformidade com as exigências contidas em resolução, emanada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária brasileira – ANVISA.

Nossa preocupação, todavia, se dá quanto ao controle sobre quantas utilizações são feitas com o material genético de um único doador, já que, em legislação, não existe qualquer limitação.

O Conselho Federal de Medicina, porém, desde 1992, edita normas éticas, destinadas aos médicos, para que guardem boas práticas no âmbito da medicina reprodutiva.

A resolução atualmente em vigor é a de n.º 2.168, do ano de 2017⁹. Referida resolução, em seu capítulo IV, item 6, estabelece:

“Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.”

Questionamos, porém, se esta é uma determinação razoável ou exequível. Qual é conceito de região? Região metropolitana de São Paulo, por exemplo, ou região norte, sul, sudeste, nordeste ou centro-oeste do Brasil? Não se sabe.

Ainda que se possa pensar no conceito mais restrito, como o da região metropolitana de São Paulo¹⁰ que atualmente conta com 20 (vinte) milhões de habitantes, não nos parece pouco ter 40 (quarenta) utilizações de material genético de um mesmo doador, sendo 20 (vinte) do sexo feminino e 20 (vinte) do sexo masculino.

Aliás, como controlar o sexo se, além de vedação expressa da própria resolução 2.168/2017 (Capítulo I, item 5), há uma outra resolução médica, também do Conselho Federal de Medicina – Resolução n.º 1.931 de 2009¹¹ -, que veda expressamente esta prática?

Segue a redação do artigo 15.º, parágrafo segundo, da referida resolução:

“O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I — criar seres humanos geneticamente modificados;

II — criar embriões para investigação;

III — criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.” (grifo nosso)

⁹ Pesquisável em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

¹⁰ Dados disponibilizados pela Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano. Pesquisável em: <https://www.emplasa.sp.gov.br/RMSP>

¹¹ O Código de Ética Médica acompanha a Resolução n.º 1.931 de 2009. Pesquisável em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>

Como se pode depreender das ponderações acima, não se tem, atualmente, qualquer controle eficaz sobre quantas utilizações são feitas com o material genético de um único doador o que, indubitavelmente, gera consequências seríssimas para a sociedade.

Em matéria de impedimentos para o casamento, o artigo 1.521.º do atual Código Civil brasileiro, estabelece que não podem casar descendentes com ascendentes seja o parentesco natural ou civil (inciso I), assim como não podem casar irmãos unilaterais ou bilaterais e demais colaterais até o terceiro grau inclusive (inciso III). Como dar efetividade a estes dispositivos se na reprodução humana assistida não se controla, de forma clara e eficaz, o uso de material genético doado?

Vislumbramos, em um futuro nada distante, possíveis casamentos entre parentes próximos se esta situação não for rapidamente tutelada.

Além deste problema que, por si só, torna urgente a tomada de providências a fim de serem evitadas tais possibilidades que podem ocasionar inseguranças familiares, há, ainda, por falta de regulamentação específica, empresas estrangeiras que oferecem materiais genéticos a casais brasileiros que precisam utilizar sêmen de terceiros, comercializando amostras e oferecendo tais materiais com especificidades como a cor dos olhos e a cor e tipo de cabelos dos doadores, em prática que “coisifica” o ser humano, transformando um tratamento médico em uma relação consumerista.

Esta prática fere o disposto em nosso texto constitucional que determina, em seu artigo 199.º, parágrafo quarto, a vedação de comercialização de órgãos ou partes do próprio corpo. Não estariam englobados nesta proibição óvulos e sêmen?¹²

Além destes riscos devemos registrar a prática médica chamada de “doação compartilhada de óvulos”, em que mulheres que não podem custear seus tratamentos cedem para outras seu material e estas, por sua vez, possuidoras de recursos financeiros, mas sem óvulos, custeiam as despesas para as doadoras do material genético.

O próprio Conselho Federal de Medicina, na mesma resolução 2.168/2017¹³, regulou esta prática. Vejamos o capítulo IV, item 9.

“É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.”

Como, neste caso, seria feito o controle de nascimentos de crianças para que, por exemplo, irmãos não venham a se casar se, até então, nada se disciplinou a respeito de anotações nos livros de nascimento para que em eventual processo de habilitação para casamento possa ser feita a verificação de impedimentos?

São situações reais que dão forma à insegurança gerada no ordenamento jurídico brasileiro e, sobretudo, que trazem sérias consequências às relações sociais e familiares.

Rolf Madaleno, por fim, pondera sobre um outro aspecto a ser considerado, vejamos:

¹² Sobre a oferta de sêmen vide <https://fairfaxcryobank.com/br>

¹³ Pesquisável em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

“Na inseminação artificial heteróloga também ocorre o anonimato de genitor biológico e doador de material genético e, nos casos de inseminação artificial, as legislações do mesmo modo têm relativizado a possibilidade de ser identificado o doador do material genético, especialmente por motivações de preservação da vida, ou para o conhecimento da identidade hereditária, que permita ao investigador conhecer sua ascendência consanguínea.”¹⁴

A questão da relativização do direito ao anonimato do doador quando contraposto ao direito ao conhecimento genético, embora já tenha sido enfrentada por diversos países, no Brasil, ainda não tem uma definição. Assim como outros tantos reflexos não tutelados, ressaltados neste texto.

No que tange aos problemas que são objetos deste artigo não deixaremos sem respostas nossos questionamentos. No terceiro item, apresentaremos algumas soluções possíveis para os problemas que evidenciamos, mas agora nos cumpre passar à análise do destino dos embriões excedentários, conforme nos propusemos.

Como vimos acima, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.597.º, inciso IV, presume que são filhos concebidos durante o casamento os *havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes da concepção artificial homóloga*. Sem retomar a discussão da má técnica legislativa que excluiu os excedentários da modalidade heteróloga, iniciamos nossas considerações sobre um dos aspectos mais polêmicos da reprodução humana assistida: o destino a ser dado aos embriões excedentários.

No Brasil, vivenciamos uma das mais acaloradas discussões jurídicas da atualidade quando entrou em vigor a Lei de Biossegurança — Lei n.º 11.205/2005 — que, em seu artigo 5.º, previu a possibilidade de envio de embriões humanos para pesquisa científica com células tronco embrionárias, conforme segue:

“Artigo 5.º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

(...) (grifo nosso)”

O artigo 5.º da Lei de Biossegurança supracitado foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 3.510), em que se argumentava que o envio para a pesquisa violaria o direito à vida do embrião. A decisão foi proferida, em 29 de maio de 2008, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos (6x5), decidiram pela improcedência do pedido, ou seja, consideraram que o artigo 5º não era inconstitucional e, portanto, os embriões poderiam ser doados para pesquisa.

Em que pese tenha havido um debate acalorado, envolvendo representantes religiosos, organizações de caráter científico e representantes dos mais diversos seguimentos, a tese vencedora demonstrou que a pesquisa e o avanço científicos deveriam se sobrepor ao potencial direito à vida do embrião humano.

Asseveram Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz que

¹⁴ ROLF MADALENO, *Manual de direito de família*, Rio de Janeiro, 2017, p. 168.

“um dos argumentos mais citados em favor da lei foi o que os embriões congelados estariam inexoravelmente destinados à morte já que, por motivos diversos, não poderiam ser aproveitados. Os que apresentarem tal argumento raramente aventaram a tese que o número de embriões para implantes deveria ser limitado (tal como acontece em diversos países). Com isso, seria evitada a situação em que as únicas alternativas seriam: matar ou deixar morrer.”¹⁵

Mesmo tendo sido travado um grande debate nacional é fato que a decisão, como se pode observar, não agradou a todos, mas o consolo aos que tiveram seu posicionamento vencido foi o de que o motivo para a destruição de um embrião era nobre, ou seja, o avanço científico também poderia trazer benefícios e salvar outras vidas humanas, mas, infelizmente, os resultados positivos esperados, até o presente momento, ainda não foram obtidos.

De toda sorte, o inconformismo de parte da sociedade foi silenciado pelo fato de que houve uma legislação que passou por um processo legislativo regular e que foi, também, alvo de um controle concentrado de constitucionalidade resultante em sua confirmação, ou seja, as instituições e garantias constitucionais brasileiras funcionaram como era de se esperar.

Contudo, no ano de 2015, sete anos mais tarde, outra polêmica reacendeu o debate quanto ao destino dos embriões excedentários.

A Resolução Médica n.º 2.121/2015¹⁶, recentemente revogada pela Resolução n.º 2.168/2017, estabeleceu em seu capítulo V, item 4:

“Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.”

Como se pode imaginar, após um amplo debate que polarizava o direito à vida em potencial de um Embrião humano e o direito ao avanço na pesquisa científica, a aprovação de uma resolução médica, que, frise-se, não é lei, acabou por permitir aos médicos o descarte de embriões.

Seria de se esperar que a atual Resolução n.º 2.168/2017¹⁷ — que aperfeiçoou as normas éticas para a aplicação das técnicas de Reprodução Assistida — pudesse atentar para esta incongruência, corrigindo-a, mas não foi o que ocorreu. Pelo contrário, a nova resolução médica confirmou a possibilidade de descarte e estabeleceu um prazo ainda mais exíguo, conforme se depreende do texto do item 4, capítulo V:

“Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.” Estariamos diante de que outra polarização: direito à vida em potencial do Embrião *versus* direito à autonomia da vontade dos pacientes? Seria o descarte um fim possível? Se fosse, qual a razão da discussão sobre a constitucionalidade ou não da previsão legal que permitia o envio para a pesquisa? Parece-nos, minimamente, um paradoxo pensar que após tal histórico jurídico de controle de constitucionalidade uma Resolução Médica se sobrepusesse a qualquer segurança advinda de

¹⁵ REGINA FIUZA SAUWEN / SEVERO HRYNIEWICZ, *O direito “in Vitro” da Bioética ao Biodireito*, Rio de Janeiro, 2008, p.93.

¹⁶ Pesquisável em: <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>.

¹⁷ Pesquisável em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

processo legislativo para permitir o descarte de embriões. Mas é o que vem acontecendo. Segundo os dois últimos relatórios do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), já foram descartados mais de 110 (cento e dez) mil embriões, sem que haja previsão legal para tanto¹⁸.

Cumpre-nos, também, destacar qual é a dimensão de nossos questionamentos. Segundo dados extraídos dos relatórios do Sistema Nacional de Produção de Embriões que registram, anualmente, os ciclos reprodutivos realizados em cada Banco de Células e Tecidos Germinativos (BCTGs), o número de embriões congelados e o número de embriões enviados para a pesquisa, chega-se ao seguinte quadro:

1º —	50 (120) BCTGs — congelados	47.510 —	doados*	(2007)
2º —	33 (120) BCTGs — congelados	5.539 —	doados*	220** (2008)
3º —	31 (120) BCTGs — congelados	8.058 —	doados*	74** (2009)
4º —	72 (120) BCTGs — congelados	21.254 —	doados	194** (2010)
5º —	77 (120) BCTGs — congelados	26.283 —	doados	29** (2011)
6º —	91 (120) BCTGs — congelados	32.181 —	doados	- (2012)
7º —	93 (120) BCTGs — congelados	38.062 —	doados	366** (2013)
8º —	106 (120) BCTGs — congelados	47.812 —	doados	227 (2014)
9º —	141 BCTGs — congelados	67.359 —	doados	48 (2015)
10º —	141(160) BCTGs — congelados	66.597 —	doados	83 (2016)

* dados alterados de acordo com consolidação do 8.º relatório SisEmbrio

** dados alterados de acordo com consolidação do 9.º relatório

Se observarmos os dez relatórios acima consolidados¹⁹, veremos que o número de embriões congelados ultrapassa 360 (trezentos e sessenta) mil, enquanto o número de embriões doados para a pesquisa soma pouco mais de 1.200 (um mil e duzentos).

Note-se, ainda, que, no último relatório, dos 160 (cento e sessenta) Bancos de Células e Tecidos Germinativos estimados, apenas 141 bancos informaram seus dados, o que nos leva a crer que o número de embriões congelados seja ainda maior.

Observando os números acima, pode-se também evidenciar que outro destino deve ser dado aos embriões excedentários além da pesquisa, pois, tecnicamente, pela redação do artigo 5.º da Lei de Biossegurança (supracitado), apenas os embriões que já estivessem congelados na data da publicação da lei poderiam ser enviados para a pesquisa, não sendo possível enviar, portanto, um embrião congelado após a sua publicação.

¹⁸ Dados retirados do 9.º Relatório do SisEmbrio, pesquisável em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/9%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es++SisEmbrio/94d6467b-0a32-4277-8933-36c-701900314>, somados aos dados do 10.º Relatório do SisEmbrio, pesquisáveis em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es++SisEmbrio/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>

¹⁹ Relatórios pesquisáveis em: <https://www10.anvisa.gov.br/sisembrioNovo/login.seam>

É de se concluir, contudo, que a solução não poderia ser dada por uma Resolução Médica, mas sim por uma lei que tivesse, como se prevê, percorrido todos os trâmites de um processo legislativo regular. O que, de fato, ainda não ocorreu.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquarto de Oliveira Naves, por seu turno, ponderam:

“É claro que o espaço ideal para decisões desse porte não é o restrito círculo do Conselho Federal de Medicina. Este órgão deve participar da decisão, mas não deveria vir de lá a tomada de posição. Por outro lado, são os médicos que estão com o problema: as clínicas de reprodução humana assistida já têm milhares de embriões criopreservados que não serão implantados. Assim, diante da inércia do Legislativo, fixou-se uma determinação, e há fundamentação para ela, ainda que lhe falte plena legitimidade.”²⁰

A inércia do legislativo causa, como se pode observar, um vazio que acaba sendo ocupado indevidamente sem que se garanta a discussão da matéria no Parlamento, onde representantes eleitos têm o dever constitucional de resolver questões desta natureza, legislando e correspondendo aos anseios sociais. Missão não cumprida quando da elaboração do Código Civil, como pondera Rolf Madaleno, ao questionar sobre os possíveis destinos dos embriões excedentários:

“Qual o destino desses embriões excedentes, suas destruição, doação a outros casais, uso para estudos científicos? Enfim, colocam-se inúmeros questionamentos éticos e problemas de profundas dúvidas e divergências que não foram e nem poderiam ser cogitadas pelo Código Civil, até porque seguem os estudos sobre todas estas intrincadas questões que surgem acerca da inseminação artificial.”²¹

Resta-nos claro que a ciência médica é mais rápida do que a proteção jurídica conferida no direito positivado, mas este fato não é escusa para a ausência de tutela legislativa, ainda que elaborada de forma a possibilitar a adaptação necessária ao surgimento de novas técnicas e, portanto, novos avanços. A nosso ver, uma proteção principiológica bem estruturada pode garantir o respeito aos direitos e garantias previstos constitucionalmente, o que, ao final, assegura o que se espera de um ordenamento jurídico sólido e protetivo.

Após relatarmos dois dos inúmeros problemas decorrentes da aplicação e uso de técnicas médicas reprodutivas, buscaremos apresentar as possíveis soluções.

3. Soluções Propostas

Nas palavras de Rute Teixeira Pedro,

“Os crescentes desenvolvimentos da Ciência e da técnica no âmbito da medicina reprodutiva colocam melindrosas questões que o direito, como ordem normativa, é chamado a responder”.²²

O Brasil está sendo chamado a responder desde o ano de 1984 quando passou a utilizar as técnicas de reprodução *in vitro*. Contudo, até então, não se encontra no arcabouço da ordem normativa tutela específica para questões melindrosas, como bem adjetivou

²⁰ MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ / BRUNO TORQUARTO DE OLIVEIRA NAVES, *Manual de Biodireito*, Belo Horizonte, 2015, p.161.

²¹ ROLF MADALENO, *Curso de direito de família*, Rio de Janeiro, 2015, p. 568.

²² RUTE TEIXEIRA PEDRO, Um “admirável mundo novo” em Portugal? Reflexão sobre a reforma de 2016 ao regime jurídico da procriação medicamente assistida *in Anais do II Congresso Internacional de Biodireito & Desenvolvimento Tecnológico: a Interface entre o Direito e a Medicina*, São Paulo, 2017, p. 88.

Rute Teixeira Pedro e como procuramos demonstrar desde o início deste artigo.

Nosso trabalho de pesquisa, contudo, objetiva estas respostas e, portanto, cumpre-nos esclarecer nosso percurso em busca destas soluções.

Em 2010, a pedido da Comissão de Biotecnologia e Estudos sobre a Vida da Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo — OAB/SP, comissão da qual éramos membros na época e que agora presidimos, elaboramos anteprojeto de lei do *Estatuto da Reprodução Assistida*, que permaneceu em Consulta Pública por 180 (cento e oitenta) dias no site da própria Ordem dos Advogados, até que foi apresentado no Congresso Nacional pelo então Deputado Eleuses Paiva (PSD/SP).

Atualmente, o projeto – reapresentado pelo deputado Juscelino Rezende Filho (PRP/MA), tramita em regime de urgência sob o n.º 115/2015.²³

Composto por 106 artigos e fruto de pesquisa que analisou as inúmeras legislações de países que disciplinam a matéria, este projeto de lei visa a instituir um diploma específico próprio para disciplinar a Reprodução Humana, englobando uma proteção principiológica bastante detalhada, juntamente com tutela no âmbito civil, administrativo e penal.

O referido diploma está dividido em 5 (cinco) títulos.

O título I versa sobre as Disposições Gerais, contendo uma proteção principiológica bastante consistente. No Título II está a Tutela Civil, em que são disciplinadas as relações entre particulares, como as que envolvem médicos e pacientes.

No Título III está desenhado o Controle Administrativo, em que é criado um Sistema Nacional de Reprodução Assistida, vinculado ao Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que compreende os BCTGs – Bancos de Células e Tecidos Germinativos, o SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões e o Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

No Título IV estão tipificadas 24 (vinte e quatro) novas infrações criminais e no Título V constam as Disposições Finais, com algumas normas de calibração em que se estabelece que o Respeito à Vida Humana e o Melhor Interesse do Menor constituem princípios guia de regulação da matéria.

Estes títulos perfazem o *Estatuto da Reprodução Assistida*, um microssistema jurídico que busca, sobretudo, regular e harmonizar as relações que decorrem da aplicação e uso das técnicas médico-reprodutivas.

Dentre as inúmeras situações disciplinadas neste Estatuto, apontaremos neste artigo quais as soluções propostas neste projeto de lei para o ‘controle do material genético doado e para o destino dos embriões excedentários’, temas deste artigo.

A preocupação maior, como se destacou acima, quanto ao controle do material genético doado é evitar um possível casamento entre parentes próximos o que, em última análise, geraria um desequilíbrio na organização das relações familiares e sociais.

²³ O Projeto de Lei 115/2015 está disponível no site da Câmara dos Deputados. Pesquisável em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F4F744A011269732CD20CDA39389BE6.proposicoesWebExterno1?codteor=1296985&filename=PL+115/2015

Buscando evitar esta situação, ou, pelo menos, minimizar sua potencialidade, foram idealizadas algumas formas de controle como se pode notar com a leitura do artigo 17.º e parágrafos do Projeto de Lei n.º 115/2015.

“Artigo 17.º Cada doador poderá ter seu material utilizado em uma única gestação de criança no Estado da localização da unidade.”

§ 1º O registro do nascimento de criança com material genético doado será enviado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões para que disponibilize a informação a todos os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, a fim de impedir nova fertilização ou inseminação com o mesmo material no Estado em que já foi utilizado.

§ 2º Para garantir que duas gestações não aconteçam simultaneamente com o material de um mesmo doador, a unidade médica, antes de realizar o procedimento de reprodução assistida, consultará o SisEmbrio e comunicará a escolha do gameta selecionado, a fim de obter a autorização para o uso do material genético doado em procedimento médico indicado.”

Reduzindo-se a possibilidade de uso do material de doador para uma única gestação no Estado de localização da Unidade, além de se limitar o número de nascimentos de crianças com o mesmo material genético, supera-se a dúvida trazida pela redação da Resolução médica n.º 2.168 de 2017 que utiliza a expressão “região da localização da unidade”, sem que se defina o que deve ser entendido como “região”.

Completando o sistema de controle, ao manter-se o registro de nascimento com material genético doado no Sistema Nacional de Produção de Embriões — que se comunica com todos os Bancos de Células e Tecidos Germinativos — serão evitados novos usos do mesmo material e, portanto, novas gestações.

Por fim, pensando-se em um eventual uso simultâneo, a unidade médica, antes de utilizar o material, consultará o Sistema Nacional de Produção de Embriões — SisEmbrio —, a fim de obter prévia autorização.

Acreditamos que um Sistema Integrado e coordenado pode contribuir para que retomemos as rédeas da disponibilização e uso de material genético doado.

Em última análise, para que se evite qualquer possibilidade de casamento entre parentes consanguíneos próximos, o que configuraria uma infringência à matéria de impedimentos matrimoniais, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 18.º do Projeto de Lei n.º 115/2015, assim determina:

“Artigo 18.º. O SisEmbrio manterá arquivo atualizado, com informação de todos os nascimentos em consequência de processos de reprodução assistida com utilização de material de doador, a fim de viabilizar consulta futura pelos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais em razão de verificação de impedimentos em processo de habilitação para casamento.”

Quanto aos embriões excedentários, registramos que nossa inspiração para a elaboração do anteprojeto de lei que se tornou o Projeto n.º 115/2015 tomou por base legislações que permitiam a entrega de embriões criopreservados a outros casais, como as legislações portuguesa e francesa. Vejamos:

“Artigo 32.º Os destinos possíveis a serem dados aos embriões Criopreservados são a implantação pelo(s) beneficiário(s), entrega para a adoção ou envio para pesquisa científica.”

No artigo 34.º, por sua vez, são fornecidas as diretrizes a serem seguidas para a adoção de embriões, como preferimos nominar.

“Artigo 34.º A adoção de embriões seguirá as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que couberem e não contrariarem o presente Estatuto.

Parágrafo único. Para atender os fins propostos neste artigo, será criado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da entrada em vigor desta lei, pelo Conselho Nacional de Reprodução Assistida, um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões.”

Destacamos que no referido projeto de lei o descarte de embriões é vedado pelo artigo 33.º, em consonância com a discussão que se travou quanto à constitucionalidade ou não do artigo 5.º da Lei de Biossegurança, levando-se em consideração o Direito à vida do Embrião Humano, relativizado apenas em razão da pesquisa.

Estas soluções não são absolutas, pois, a exemplo Lei da portuguesa sobre Procriação medicamente assistida — Lei n.º 32/2006 — que já passou por quatro alterações, nada impede que os anseios da sociedade brasileira possam fazer com que estas emendas também aconteçam no Brasil.

Como bem argumenta Tim Cordes, médico da Clínica Universitária de Schleswig-Holstein, na Alemanha, após apontar questões polêmicas que envolvem a reprodução humana em seu país e os limites do avanço científico:

“Após uma reflexão dos fatos mencionados acima, toda sociedade tem que discutir esses aspectos. Não se trata de uma questão a ser decidida por legisladores e políticos, mas por uma discussão aberta após a educação das pessoas. Nós não estamos falando sobre questão de criar um ser humano projetado (*designed*) ou clonagem, mas sobre a oportunidade de dar aos pais, com uma doença genética séria, uma oportunidade de conceber uma criança saudável. Não haverá uma solução definitiva, mas nossas sociedades modernas têm de enfrentar o progresso da ciência e dar a estrutura legal, em que progresso e ciência possam se desenvolver.”²⁴

Ressaltando um conceito que possa ter sido concebido previamente por parte da sociedade quanto aos limites a serem respeitados na fertilização *in vitro*, refletem Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery:

“Ora, não se pode afirmar em sã consciência, aprioristicamente, que sejam intrinsecamente maus (*intrinsece malum*) os atos que redundam na fertilização *in vitro* ou em todas as formas de manipulação de material do corpo humano. Logo, tais atos podem ser ordenados para o bem e, desta forma, merecer a tutela do direito como ciência, e, se ordenados para o mal, receber a repressão da força coativa do sistema jurídico.”²⁵

Aí reside o papel fundamental do Direito, toda normatização deve ser baseada no princípio da boa-fé, sendo pensada em uma estrutura que vise a prevenir conflitos, mas também a remediar os danos, sistema que sempre buscará manter as relações humanas em equilíbrio.

Luísa Neto, sobre a gênese das normas, ensina:

“(…) as normas não existem no vácuo, mas são encontradas lado a lado com códigos morais e sociais de maior ou menor complexidade e definição, ou com a Ética que está antes e para lá de todo o Direito, assim conectando novamente os conceitos (de valoração fechada) e os princípios/valores (de conteúdo rarefeito) num sistema aberto, com mobilidade, heterogeneidade, e modelo ciber-

²⁴ TIM CORDES, Medicina reprodutiva na Alemanha – aspectos da Lei de proteção do embrião *in Bioética e direitos fundamentais*, Débora Gozzo / Wilson Ricardo Ligiera (organizadores), São Paulo, 2012, p. 335.

²⁵ NELSON NERY JUNIOR / ROSA MARIA DE A. NERY, *Código civil comentado*, São Paulo, 2014, p.1834.

nético, em que impere uma realização ou concretização funcional, uma perspectiva teleológica de ponderação das consequências da decisão de interação permanente entre centro e periferia.²⁶

Foi exatamente este equilíbrio que se buscou com a elaboração do anteprojeto do *Estatuto da Reprodução Assistida*. O equilíbrio entre o centro e a periferia, necessidade e possibilidade, urgência e cautela, tanto para que se garanta a segurança que se espera de um tratamento médico complexo como o da reprodução humana quanto para que também se propicie a harmonização necessária de seus efeitos sociais que, ao final, também é uma questão de segurança, mas de caráter jurídico.

Conclusões

Após relatarmos as dificuldades enfrentadas no Brasil no que tange à introdução, no Código Civil de 2002, de artigo que reconhece a presunção de filiação para filhos havidos em decorrência da utilização de uma das técnicas médicas de assistência à procriação, mas que não previu uma tutela específica a fim de disciplinar os efeitos que dela decorrem, focamos nossa análise no Controle do Material Genético Doador e Destino dos Embriões Excedentários.

Nosso intuito foi o de apresentar ao leitor uma amostra das inúmeras situações que podem abalar as estruturas legais antes idealizadas para garantir a segurança e a solidez que são esperadas de um sistema normativo.

Soluções estão propostas para estes e outros problemas que envolvem a reprodução humana assistida no Brasil, formalizadas em um microssistema jurídico próprio que alinha o avanço científico nesta importante área da medicina com as mudanças e complementações necessárias à tutela de seus efeitos sociais e jurídicos.

O *Estatuto da Reprodução Assistida* — Projeto de Lei n.º 115/2015 — rege não apenas as relações familiares e sucessórias decorrentes da aplicação e uso das técnicas médicas reprodutivas, mas avança em todas as áreas jurídicas em que os efeitos da evolução científica reprodutiva podem ser sentidos, como no âmbito administrativo e no penal.

Ao final, temos consciência de que no Brasil está apenas garantido o *Direito à Reprodução Humana*, mas buscamos a efetivação do *Direito da Reprodução Humana*, o que se concretizará com a aprovação de um diploma legal específico, como já realizou Portugal, sede deste importante debate sobre procriação medicamente assistida.

²⁶ LUÍSA NETO, *Novos Direitos. Ou novo(s) objecto(s) para o direito?*, Editorial UP, Porto, 2010, p. 11.

O CONTRIBUTO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

THE APPORT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Anabela Costa Leão *

RESUMO

O presente artigo visa analisar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferida ao abrigo da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) em matéria de procriação medicamente assistida. Apesar de esta abarcar realidades que não são especificamente tratadas no texto da Convenção, a análise da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo permite constatar que este lhes tem estendido a proteção da Convenção, *maxime* através de uma leitura ampla e atualista dos direitos à vida privada e à vida familiar consagrados no seu artigo 8.º. Esta jurisprudência expansiva coexiste com um recurso amplo e nem sempre isento de críticas à doutrina da margem de apreciação, considerando a sensibilidade das matérias e a ausência ou debilidade do consenso na sua regulação pelos Estados Membros do Conselho da Europa.

Palavras Chave — DIREITOS FUNDAMENTAIS; PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA; CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM.

ABSTRACT

This article discusses the specific *contribution* of the jurisprudence of the European Court of Human Rights to medically assisted procreation issues under the European Convention on Human Rights (1950). The analysis of the case law shows that the Strasbourg Court has extended the protection of conventional rights to new realities emerging from scientific developments in biosciences, namely through a wide and evolutionary interpretation of the scope of the right to respect of private and family life enshrined in article 8 of the Convention. This approach coexists with frequent, and frequently criticized, use of the doctrine of the margin of appreciation, given the sensitive nature of moral and ethical issues involved and the lack or fragility of a common European approach.

Key Words — FUNDAMENTAL RIGHTS; MEDICALLY ASSISTED PROCREATION; EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.

SUMÁRIO: 1. *Da proteção multinível dos direitos fundamentais ao contributo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.* 2. *O TEDH perante os desenvolvimentos nas ciências biomédicas. Em especial, o artigo 8.º da CEDH e o direito à proteção da vida privada e familiar.* 3. *Breve périplo pela jurisprudência de Estrasburgo sobre procriação medicamente assistida.* 4. *Reflexões conclusivas.*

* aleao@direito.up.pt. Docente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e investigadora do CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP. Este texto tem por base a intervenção proferida na mesa “A perspetiva da ordem pública” do *Seminário Debatendo a Procriação Medicamente Assistida* organizado em 16 e 17 de abril de 2017 pelo CIJE/FDUP.

1. Da proteção multinível dos direitos fundamentais ao contributo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Os direitos fundamentais em sentido amplo, englobando seja os direitos constitucionalmente protegidos no plano nacional seja os direitos protegidos em sistema extra estaduais, movem-se hoje numa “arena global”, para usar a expressão de SUZANA TAVARES DA SILVA¹. A sua proteção faz-se em diferentes níveis normativos e institucionais, nacionais e internacionais, universais e regionais, colocando questões de interjussfundamentalidade².

Na Europa — em que coexistem, ainda que com âmbitos e lógicas diferentes, dois sistemas regionais de proteção, o que se desenvolve sob a égide do Conselho da Europa e o que se desenvolve no contexto da União Europeia (UE) — o “bloco de fundamentalidade” inclui diferentes ordens normativas e apela a vários “poderes de decisão aplicativa”, entre os quais intercedem complexas relações de concorrência, convergência, justaposição e conflito³, de que são exemplo as relações entre os diferentes catálogos e entre os tribunais do chamado “triângulo judicial europeu”⁴.

Neste texto tem-se especificamente em conta o sistema de proteção assente na *Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (doravante, CEDH ou Convenção), assinada em Roma em 1950 pelos Estados Membros do Conselho da Europa⁵, e a interpretação e aplicação que lhe tem sido dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH)⁶.

A Convenção, parte da “ordem pública europeia” (*Loizidou c. Turquia*, 1995)⁷, foi o

¹ SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa Universidade Coimbra, 2011.

² JÓNATAS MACHADO/ J. J. GOMES CANOTILHO, MACHADO, Metodica Multinível: Acordos Internacionais do Estado Português com Comunidades Religiosas, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3962, 2010, pp. 254 ss., p. 258.

³ MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 293, citando J. J. GOMES CANOTILHO.

⁴ MARIA LUÍSA DUARTE, O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem — uma defesa do “triângulo judicial europeu”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 735 ss.

⁵ Em 1976, com a restauração da democracia, Portugal aderiu ao Conselho da Europa e, em 1978, a Assembleia da República aprovou a CEDH e seus Protocolos Adicionais (sendo certo que com algumas reservas).

⁶ Cujas jurisprudências, incluindo a referida neste artigo, se encontra disponível para consulta em <https://hudoc.echr.coe.int/>

⁷ TEDH, *Loizidou c. Turquia*, n.º 15318/89, decisão do Tribunal Pleno de 23/03/1995, §93. Segundo ALIX *et al.*, “[p]our la Cour Européenne des droits de l’Homme, l’usage de l’ordre public dépendra alors de l’invocation de trois conditions cumulatives : une base juridique de l’action des autorités publiques, la poursuite d’un but légitime et sa nécessité dans une société dite démocratique”, v. NOÉ ALIX/CÉLIA AGOSTINI/CYPRIEN GAMET/GIANLUCA GASPARI, L’existence d’un ordre public corporel, *La Revue des droits de l’homme* [em linha], 8 | 2015, disponível em <http://revdh>.

primeiro instrumento de proteção de direitos a nível regional. A sua aprovação inseriu-se “no movimento de dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades que resuma os valores políticos e culturais das democracias ocidentais”⁸, no contexto de atuação do Conselho da Europa no pós-II Guerra Mundial. Os direitos consagrados na Convenção encontram-se jurisdicionalmente garantidos através de um tribunal especializado — o TEDH — ao qual se comete, a título permanente, a verificação das situações de violação das normas convencionais (artigo 32.º e artigo 19.º ss)⁹.

Ao controlo jurisdicional podem aceder não apenas Estados, mas, também, o indivíduo e outras entidades (artigos 33.º e 34.º). No acesso ao Tribunal vigora o princípio de necessidade de exaustão dos recursos internos, manifestação da subsidiariedade da proteção internacional (artigo 35.º). A “subsidiariedade” significa, desde logo e como se sublinhou na *Declaração de Brighton* (2012), que são os Estados Membros os primeiros responsáveis pela implementação da CEDH, designadamente através da verificação prévia da compatibilidade da legislação e de outras medidas adotadas com a Convenção, da aplicação efetiva da Convenção e da atenção à jurisprudência do TEDH pelos tribunais, bem como reforçando o conhecimento da CEDH pelos operadores jurídicos e pelos cidadãos e potenciais queixosos¹⁰.

2. O TEDH perante os desenvolvimentos nas ciências biomédicas. Em especial, o artigo 8.º da CEDH e o direito à proteção da vida privada e familiar

Desde que a CEDH foi aprovada em 1950, os órgãos aplicadores da Convenção foram sendo confrontados com novos desafios na sua interpretação e aplicação, colocados pela acentuada evolução tecnológica, *e.g.* no domínio das biociências, que tornou possíveis realidades que não o eram à data da elaboração do texto¹¹. A estes acresceram os novos desafios suscitados pelas mudanças ocorridas nas conceções de relações sociais, visíveis por exemplo, e tendo em conta o objeto deste artigo, na modificação e alargamento da noção de vida familiar¹². Em geral, o TEDH tem procurado responder às diversas necessidades *contemporâneas* que se vão suscitando recorrendo a uma interpretação evolutiva e à interpretação da Convenção como “instrumento vivo”¹³. A existência (ou não) de um

revues.org/1629 ; DOI : 10.4000/revdh.1629 [13/03/2017].

⁸ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 27.

⁹ Inicialmente, as competências de fiscalização estavam repartidas entre a Comissão e o Tribunal, mas desde a reforma processual de 1998 e em consequência da entrada em vigor do Protocolo n.º 11 a intervenção da Comissão foi eliminada.

¹⁰ Adotada em 2012 no seguimento da Convenção de Brighton sobre o futuro do TEDH. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf [30/09/2017].

¹¹ ALASDAIR MOWBRAY, Between the will of Contracting Parties and the needs of today, in *Shaping Rights in the ECHR*, Eva Brems e Janneke Gerards (ed.), Cambridge University Press, 2014, pp. 17-37, p. 20 ss.

¹² ALASDAIR MOWBRAY, Between the will, cit., p. 26 ss.

¹³ V. por exemplo *S. H. e outros c. Áustria*, n.º 57813/00, decisão da 1.ª Secção de 01/04/2010, §64.

consenso europeu favorável à interpretação expansiva de um direito tem também sido uma ferramenta relevante. O TEDH tem oscilado entre o ativismo e a adoção de práticas de autocontenção, designadamente quando está em causa de forma inequívoca um limite a uma possível interpretação atualista¹⁴.

Em especial no contexto do desenvolvimento das ciências biomédicas e da bioética¹⁵, o Tribunal de Estrasburgo tem sido confrontado com uma pluralidade de questões relacionadas com a proteção do ser humano, dos seus direitos e da dignidade da pessoa humana, entre as quais questões relativas aos direitos reprodutivos¹⁶, da interrupção de gravidez, doação de embriões e pesquisa científica à procriação medicamente assistida, à maternidade de substituição e à esterilização (incluindo esterilização forçada), entre outros. O facto de tais realidades não se encontrarem expressamente referidas no texto da Convenção nem serem, muitas delas, existentes à data da sua aprovação, não tem impedido que as complexas questões de direitos fundamentais suscitadas no seu âmbito sejam apreciadas à luz dos direitos previstos na Convenção, designadamente do direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto no artigo 8.º da CEDH.

Tratando-se de matérias sensíveis em relação às quais não existe consenso no espaço europeu, o recurso à margem de apreciação pelo TEDH é frequente. A doutrina da margem de apreciação¹⁷ é um mecanismo controverso, se não na sua existência, ao menos na forma como tem sido aplicado pelo Tribunal de Estrasburgo em diversos domínios, aí se incluindo os chamados direitos reprodutivos. A este aspeto se tornará *infra*.

2.1. Na generalidade dos casos relacionados com procriação medicamente assistida está em causa o artigo 8.º da CEDH que consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, tratando-se de determinar o âmbito de proteção da norma e a legitimidade das restrições aos direitos aí previstos. Neste como noutros domínios, o artigo 8.º tem funcionado como berço de “novos” direitos, ou de novas concretizações de direitos antigos¹⁸.

Nos termos do artigo 8.º da CEDH, que tem por epígrafe “direito ao respeito pela vida privada e familiar”, estabelece-se que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência” (número 1 do artigo 8.º). Os direitos consagrados são acompanhados por uma cláusula específica de restrição, constante do n.º 2 do artigo 8.º, nos termos da qual se admite que o direito possa ser

¹⁴ ALASDAIR MOWBRAY, *Between the will*, cit., p. 35-37.

¹⁵ TEDH, *Bioethics and the case-law of the Court*, Research report prepared by the Research and Library Division (Directorate of the Jurisconsult) of the Court, 2016, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_ENG.pdf [16/04/2017].

¹⁶ TEDH, *Factsheet- reproductive rights*, 2017, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf [16/04/2017] e *Bioethics and the case law of the Court*, cit.

¹⁷ Com o Protocolo n.º 15 de alteração à CEDH (CETS n.º 213), aberto a assinatura, mas ainda não em vigor, a margem de apreciação e o princípio da subsidiariedade passarão a constar do Preâmbulo da CEDH. V. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213> [30/09/2017].

¹⁸ MARIS BURBERGS, *How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born: article 8 ECHR*, in *Shaping Rights in the ECHR*, Eva Brems e Janneke Gerards (ed.), Cambridge University Press, 2014, pp. 315-329.

restringido por lei se tal “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 infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”. Esta cláusula deve, porém, ser interpretada restritivamente.

No contexto específico da procriação medicamente assistida (PMA), diversas questões podem ser colocadas ao abrigo do artigo 8.º da Convenção, desde questões relacionadas com a determinação do seu âmbito de aplicação — indagando, por exemplo, em que medida o âmbito de proteção do direito à vida privada e familiar abrange direitos reprodutivos em contexto de PMA — até questões relacionadas com a atuação do Estado e seus limites, indagando a legitimidade e proporcionalidade da sua intervenção (ou omissão) no âmbito dos direitos protegidos.

Sem prejuízo da centralidade dos direitos consagrados no artigo 8.º na jurisprudência relativa à PMA, outros direitos fundamentais convencionalmente protegidos podem ser convocados, designadamente o direito à vida (artigo 2.º da CEDH). Acresce a possibilidade de certas normas e práticas consubstanciarem uma discriminação no recurso a técnicas reprodutivas, convocando-se o 14.º da CEDH.

São essas questões que se procurarão ilustrar de seguida, com recurso à jurisprudência do TEDH, o que será feito sem pretensão de exaustão¹⁹ e sem prejuízo do interesse em estender a análise a decisões do Tribunal de Estrasburgo sobre direitos reprodutivos e saúde reprodutiva em geral e, também, sobre a interpretação dada às normas consagradoras do direito à vida e do direito à vida privada e familiar em contextos outros que não o de que especificamente se ocupa este texto.

3. Breve périplo pela jurisprudência de Estrasburgo sobre procriação medicamente assistida

3.1. Em *Evans c. Reino Unido*, o Tribunal foi confrontado, em Secção (decisão de 2006) e depois como Tribunal Pleno (2007)²⁰ em sede de recurso, com a situação de uma mulher com cancro nos ovários, a Sra. Evans, que recorreu à fertilização *in vitro* (FIV)

¹⁹ Sobretudo desde 2013 o Tribunal tem sido chamado a apreciar casos envolvendo o recurso a maternidade de substituição ao abrigo do artigo 8.º da Convenção, entre os quais *Menesson e outros c. França*, n.º 65192/11, decisão da 5.ª Secção de 26/06/2014, *Labasse c. França*, n.º 65941/11, decisão da 5.ª Secção de 26/06/2014 e, mais recentemente, *Paradiso e Campanelli c. Itália*, n.º 25358/12, decisão da 2.ª Secção de 27/01/2015 e do Tribunal Pleno em recurso de 24/01/2017. Remete-se, para a sua análise, para os contributos de Helena Mota e de Roberto Andorno neste volume e, em geral sobre a sua relevância ao abrigo do conceito de vida familiar e privada do artigo 8.º da CEDH, para MARIA MARGARIDA SALEMA PEREIRA, O conceito de vida familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Julgar*, 32, 2017, pp. 261-287.

²⁰ *Evans c. Reino Unido*, n.º 6339/05, decisão do Tribunal Pleno de 10/04/2007. A decisão da Secção é de 07/03/2006. Para um sumário desta última, v. ERIC GOODEMOTE, *Evans v. United Kingdom*, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary, *Cornell International Law Journal*, 40, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9> [16/04/2017].

com o seu então companheiro antes de os ovários serem removidos, tendo sido criados 6 embriões. Quando a relação terminou, o companheiro da Sra. Evans revogou o consentimento dado para o armazenamento e utilização dos embriões, invocando não querer ser progenitor genético dos filhos da ex-companheira, o que, segundo a lei inglesa (*British Fertilisation and Embryology Act 1990*), determinava a destruição dos embriões. A Sra. Evans invocou que esta disposição legal negava o direito à vida dos embriões, interferia com o seu direito à vida privada e a privava de alguma vez ter filhos com os quais tivesse uma relação biológica²¹, discriminando-a com base na sua situação de incapacidade face a mulheres que não careciam de recorrer à FIV para ter filhos, violando os artigos 2.º (direito à vida), 8.º (direito à vida privada e familiar) e 14.º (proibição de discriminação) da CEDH.

Mantendo o que a Secção tinha decidido em 2006, o TEDH decidiu, em recurso, que o artigo 8.º seria aplicável ao caso na dimensão de proteção da vida privada, uma vez que “vida privada” é um conceito amplo, que abrange *inter alia* aspetos da identidade física e social do indivíduo, incluindo o direito à autonomia pessoal, ao desenvolvimento pessoal e a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo²² e, igualmente, o direito ao respeito pela decisão de se tornar, ou de não se tornar, progenitor (§71). Considerou por outro lado que não estava em causa o direito à vida dos embriões, uma vez que a determinação do início da vida caía no âmbito da margem de apreciação dos Estados Membros, pelo que não apreciou a questão ao abrigo do artigo 2.º da Convenção.

O TEDH verificou estar-se em presença de um conflito entre direitos de particulares protegidos pelo artigo 8.º da Convenção, sendo que a satisfação do interesse de um implicava a frustração total do interesse do outro; a par dos interesses particulares, havia ainda interesses públicos atendíveis, por exemplo a salvaguarda da primazia do consentimento e a certeza e clareza na regulação da situação. Considerando que em geral os Estados têm obrigações negativas, de não intervenção, e positivas, de intervenção no sentido da proteção dos direitos garantidos pelo artigo 8.º da CEDH, no caso em apreço o TEDH entendeu estar em causa a dimensão positiva: saber se e em que medida o Estado realizou, através da norma legal aplicada ao caso, uma ponderação adequada dos interesses privados e públicos em causa (§76).

O TEDH reconheceu que os Estados gozam de uma *margem de apreciação* na decisão de regular a FIV, incluindo a questão do consentimento. A doutrina da margem de

²¹ O TEDH salientou: “the applicant does not complain that she is in any way prevented from becoming a mother in a social, legal, or even physical sense, since there is no rule of domestic law or practice to stop her from adopting a child or even giving birth to a child originally created in vitro from donated gametes. The applicant’s complaint is, more precisely, that the consent provisions of the 1990 Act prevent her from using the embryos she and J. created together, and thus, given her particular circumstances, from ever having a child to whom she is genetically related. The Grand Chamber considers that this more limited issue, concerning the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8” (§72).

²² Invocando a decisão no controverso caso *Pretty c. Reino Unido*, n.º 2346/02, decisão da 4.ª Secção de 29/04/2002.

apreciação é utilizada pelo TEDH em diversos domínios, mas o âmbito desta margem de apreciação varia em função de diversos fatores, podendo ser mais ou menos amplo²³. O TEDH começou por, louvando-se em jurisprudência anterior, reiterar que se estiver em causa uma faceta particularmente importante da existência ou da identidade individuais, a margem reconhecida aos Estados será restrita; se, porém, não existir consenso entre os Estados Membros do Conselho da Europa, seja quanto à importância relativa do interesse, seja quanto à melhor forma de protegê-lo, particularmente quando o caso levante questões morais ou éticas sensíveis, a margem de apreciação será ampla, o mesmo sucedendo se ao Estado for exigido que pondere interesses privados e públicos ou direitos da Convenção (§77). Sendo que as questões suscitadas em *Evans c. Reino Unido* eram indubitavelmente de delicada natureza moral e ética, e considerando a inexistência de uma abordagem uniforme no espaço europeu (e fora dele, invocando-se, por exemplo, a regulação da questão nos EUA), o TEDH entendeu estar-se perante um caso de margem de apreciação ampla, seja quanto à decisão de regular ou não a FIV, seja quanto aos detalhes da respetiva disciplina normativa.

O TEDH respondeu afirmativamente à questão de saber se a norma que permitia a retirada do consentimento pelo ex-companheiro da Sra. Evans para a implantação de embriões obtidos através de FIV realizava uma justa ponderação de interesses ao abrigo do artigo 8.º da Convenção: valorizou o facto de a lei inglesa ter sido precedida de ampla e argumentada discussão, de ser clara e de o consentimento ter sido precedido de ampla informação, e considerou que o facto de a regra exigindo a manutenção do consentimento de ambos ser absoluta e não permitir atender às circunstâncias do caso podia justificar-se pela necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana e a liberdade da vontade, bem como para salvaguardar a segurança jurídica e a consistência das decisões, não as deixando a uma abordagem casuística. Admitindo que o Parlamento do Reino Unido podia ter regulado a questão diferentemente, entendeu ainda assim que a solução adotada não excedeu a margem de apreciação estadual (§ 83-92).

Em suma, e não obstante mostrar grande simpatia pela situação da Sra. Evans, o TEDH entendeu que dado o exposto e a falta de consenso europeu sobre a questão, *o direito da requerente ao respeito pela sua decisão de se tornar mãe em sentido genético não deveria prevalecer sobre o direito do seu ex-companheiro a ver respeitada a sua decisão de não ter um filho geneticamente ligado a ela* (§90).

O entendimento do TEDH sobre a ponderação de direitos e interesses ao abrigo do artigo 8.º não foi, contudo, consensual, como é visível na Opinião conjunta dos juízes Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann and Ziemele. Estes entenderam, em extrema síntese, que tinha havido interferência desproporcionada do Estado no direito ao respeito pela decisão de se tornar progenitora da Sra. Evans, uma vez que, dadas as circunstâncias do caso (a Sra. Evans via precludidas as suas hipóteses de ter um filho ao qual estivesse geneticamente relacionada, ao passo que o seu ex-companheiro não), o direito desta deveria ter prevalecido sobre o direito do seu ex-companheiro a não se tornar progenitor. A

²³ Sobre os níveis de escrutínio e os critérios de determinação do âmbito da margem de apreciação, *vd.* JANNEKE GERARDS, Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation doctrine, *European Law Journal*, 17(1), 2011, pp. 80-120, p. 102 ss.

inflexibilidade da lei e a fixação de “linhas intransponíveis” pelo Estado, que não permitiram atender aos contornos da situação concreta (remoção de ovários, impossibilidade de gerar um filho biologicamente ligado a si), impedindo um balanceamento de interesses no caso concreto, foi criticada por violadora do princípio da proporcionalidade.

O TEDH considerou não ser necessário apreciar a questão do ponto de vista do artigo 14.º da CEDH, ou seja, determinar se permitir a revogação do consentimento para a utilização de embriões obtidos no âmbito de FIV implicava ou não uma discriminação das mulheres que deles dependam para ter filhos biológicos. A leitura formal da (des) igualdade aplicada foi igualmente criticada, na Opinião conjunta supra referida mas também na doutrina: a igualdade formal aplicada no acórdão ignorou a diversidade de situações de base, ou seja, as diferentes consequências resultantes da falta de consentimento no caso da mulher e no caso do homem, em geral (considerando as consequências que a submissão a técnicas de FIV tem para a mulher) e no caso da Sra. Evans em particular²⁴.

O Tribunal recusou assim impor uma solução uniforme quanto ao consentimento para utilização de embriões resultantes de FIV e sua revogação²⁵. Para os juízes que ficaram vencidos, o reconhecimento de uma margem de apreciação não devia impedir o TEDH de exercer o seu controlo sobre a ponderação de interesses realizada no plano interno, a seu ver feita de forma desadequada, sobretudo quando estão em causa interesses individuais, deixando sem mais prevalecer considerações de ordem pública²⁶. Para os juízes, uma norma que, por um lado, reconhece a uma mulher o direito de ter um filho geneticamente relacionado consigo, mas, por outro, a priva de voltar a estar nessa posição, causa-lhe um agravo físico e moral de tal forma desproporcionado que é incompatível com o artigo 8.º e com a dignidade humana e a autonomia protegidas pela Convenção.

3.2. O estatuto jurídico do embrião e o destino de embriões originados por recurso a técnicas de FIV esteve novamente em causa, mais recentemente, em *Knecht c. Roménia* (2012)²⁷ e, posteriormente, em *Parrillo c. Itália* (2015)²⁸.

Em *Parrillo c. Itália* (2015) colocou-se a questão de saber se a proibição italiana de doar embriões obtidos por recurso a FIV (mas que já não se desejavam implantar) para pesquisa científica violava o direito de propriedade garantido pelo Protocolo Adicional

²⁴ Sobre a questão, v. ROSY THORNTON, European Court of Human Rights: Consent to IVF treatment, *International Journal of Constitutional Law*, 6, 2008, pp. 317-330.

²⁵ Assim, ERIC GOODMOTE, *Evans v. United Kingdom*, cit.

²⁶ “Certainly, States have a wide margin of appreciation when it comes to enacting legislation governing the use of IVF. However, that margin of appreciation should not prevent the Court from exercising its control, in particular in relation to the question whether a fair balance between all competing interests has been struck at the domestic level. The Court should not use the margin of appreciation principle as a merely pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review. To conclude, unlike the majority we consider that the legislation has not struck a fair balance in the special circumstances of the case.” (§12 e 13).

²⁷ TEDH, *Knecht c. Roménia*, n.º 10048/10, decisão da 3.ª Secção de 02/10/2012. Continua pendente um caso que toca questões semelhantes, *Nedescu c. Roménia*, n.º 70035/10.

²⁸ *Parrillo c. Italy*, n.º 46470/11, decisão do Tribunal Pleno de 27/08/2015.

n.º 1 à CEDH (1952) ²⁹ e o direito à vida privada (artigo 8.º) da progenitora ou consistia numa interferência legítima e proporcionada nos seus direitos. A requerente tinha recorrido com o companheiro em 2002 a FIV, da qual resultaram 5 embriões que foram criopreservados. O companheiro faleceu em 2003 e a requerente, não querendo prosseguir com uma gravidez, pretendeu que os embriões fossem libertados para poder doá-los para investigação científica, mas tal foi-lhe recusado com base na lei italiana de 2004, mantendo-se os embriões criopreservados. Ao temo da sua decisão de recorrer à FIV, não havia disposição legal sobre o destino dos embriões excedentários.

Foi a primeira vez que o TEDH teve de decidir se a noção de “vida privada” incluía o direito de utilizar embriões gerados em processo de FIV doando-os para investigação científica — nos casos anteriormente apreciados, tratava-se de embriões destinados a implantação³⁰. O TEDH entendeu que o artigo 8.º era relevante na dimensão relativa à proteção da vida privada, não da vida familiar (pois a Sra. Parrillo não queria constituir família e implantar os embriões), uma vez que os embriões continham material genético da requerente e faziam parte da sua identidade, e que a possibilidade de exercer uma escolha conscienciosa e ponderada em relação ao destino dos embriões em questão constituía um aspeto íntimo da vida privada da requerente, estando em causa o seu direito à autodeterminação. Porém, também afirmou que o direito invocado a doar embriões para pesquisa científica não era um dos direitos nucleares (*core rights*) protegidos pelo artigo 8.º uma vez que não dizia respeito a um aspeto particularmente importante da existência ou da identidade da pessoa (§174), reconhecendo ao Estado ampla margem de apreciação.

Quanto ao estatuto dos embriões, o Governo italiano justificara a medida com fundamento na necessidade de proteger o embrião, entendido no ordenamento jurídico italiano como sujeito de direitos e de dignidade. O TEDH entendeu que a proteção do “potencial dos embriões para a vida” podia estar associada à finalidade de proteção da moral e dos direitos e liberdades de outros, constante no n.º 2 do artigo 8.º da CEDH, mas ressaltou que tal não significava uma abordagem da questão de saber se a palavra “outros” se estende a embriões humanos (§167) — aspeto este criticado, designadamente, na Opinião concorrente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque. No entanto, recusou que os embriões pudessem ser qualificados como “bens” ou “possessões” para efeitos de direito de propriedade, tendo em conta o âmbito económico e pecuniário do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, cuja aplicação afastou (§211-216).

Depois de reiterar os princípios da sua jurisprudência relativos ao controlo de violações do artigo 8.º em questões de procriação (§168-173), designadamente quanto à am-

²⁹ Artigo 1.º (Proteção da propriedade). Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf [29/09/2017].

³⁰ TEDH, Bioethics and the case law of the Court, cit., p. 26.

plitude da margem de apreciação estadual³¹ e ao facto de a atuação do Estado não estar fora do alcance do escrutínio do Tribunal, o TEDH entendeu que tinha de reconhecer-se ao Estado italiano ampla margem de apreciação na matéria, por não estar em causa “um aspeto particularmente importante da existência ou da identidade da pessoa” e se tratar de uma matéria ética e moralmente sensível, sobre a qual a análise juscomparatística demonstrou não existir consenso entre Estados europeus. O TEDH invocou ainda a Convenção de Oviedo³² para sustentar o reconhecimento de uma margem de apreciação estadual. Tal não significa, ressalvou, que a margem de apreciação fosse ilimitada, cabendo-lhe analisar os argumentos utilizados no debate parlamentar e a justiça da ponderação de interesses levada a cabo. Neste contexto, o TEDH deu muita relevância ao facto de, durante o procedimento de elaboração da lei de 2004 (Lei n.º 40/2004), ter havido intensa discussão, e de o parlamento italiano ter tido em conta os interesses invocados pelo Estado na proteção do embrião e o direito à autodeterminação dos envolvidos, bem como ao facto de não se saber se a vontade do falecido companheiro quando ao destino dos embriões seria doá-los para investigação. A proibição foi considerada necessária numa sociedade democrática.

A decisão não foi, contudo, pacífica. A posição assumida pelo TEDH na sua decisão quanto ao estatuto do embrião e quanto ao recurso à margem ampla de apreciação neste domínio foi criticada, designadamente, pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque na sua Opinião anexa ao acórdão³³. Já o Juiz Andras Sajò, que ficou vencido na decisão, criticou

³¹ O TEDH sublinhou, apoiando-se na sua jurisprudência, designadamente em *Evans c. Reino Unido*, que na determinação no âmbito desta margem deveria levar-se em conta a presença de uma faceta importante da existência ou identidade individual, caso em que a margem de apreciação deveria ser restringida, e a (in)existência de consenso entre os Estados Membros do Conselho da Europa seja sobre a importância relativa do interesse em causa, seja quanto à melhor forma de o proteger, especialmente em casos suscitando questões morais e éticas sensíveis, caso em que a margem deveria ser mais ampla.

³² *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*, aberta à assinatura dos Estados Membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de abril de 1997. Portugal é parte, tendo a Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 aprovado, para ratificação, quer a Convenção de Oviedo quer o Protocolo Adicional que proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados Membros em Paris, em 12 de janeiro de 1998.

³³ Que concluiu: “Unborn human life is no different in essence from born life. Human embryos must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity. Scientific research applications concerning the human genome, in particular in the field of genetics, do not prevail over respect for human dignity. Scientific progress must not be built upon disrespect for ontological human nature. The scientific goal of saving human lives does not justify means that are intrinsically destructive of that life. The beginning and end of human life are not questions of policy subject to the discretion of the member States of the Council of Europe. The “adequacy” of the protection provided to the embryo by the Contracting Parties to the Convention is subject to close scrutiny by the Court, since States have a narrow margin of appreciation with regard to fundamental issues related to the human being’s existence and identity. In Europe, an insurmountable limit to our possibilities of experimenting with human life is established by the Convention. Thus, it is incompatible with the Convention to produce or use living human embryos for the preparation of embryonic stem cells, or to produce cloned human embryos and then destroy them in order to

na sua Opinião o défice de controlo da medida estadual pelo Tribunal ao abrigo da margem de apreciação, considerando que não tinha ficado demonstrada nem a legitimidade do fim nem a proporcionalidade dos meios utilizados e sublinhando, para este efeito, a inconsistência entre a proibição relativa ao destino do embrião e a permissão de abortamento de feto viável do ordenamento jurídico italiano.

3.3. O controlo da ponderação de interesses realizada pelo Estado tinha levado o Tribunal de Estrasburgo, em *Dickson c. Reino Unido* (2007)³⁴, a um resultado diferente. Em causa, a recusa de acesso a um detido por homicídio condenado em pena de 15 anos a técnicas de inseminação artificial, acesso este solicitado considerando a elevada probabilidade de a sua mulher, nascida em 1958, não poder conceber após a sua libertação, dada a idade que teria por essa altura e o facto de não serem permitidas visitas conjugais durante o período de detenção. Em sede de recurso, o TEDH reconheceu, ao abrigo do artigo 8.º da Convenção, que a impossibilidade de recurso a serviços de inseminação artificial contendia com o direito ao respeito pela vida pessoal e familiar, que incorpora o direito ao respeito pela decisão de se tornar pais genéticos de uma criança, de que se goza mesmo em caso de estar detido em instituição prisional (§68³⁵) e, depois de ter reiterado o seu entendimento sobre a margem de apreciação, considerou que o balanceamento entre os interesses públicos e os interesses privados não tinha sido feito de forma legítima, violando o princípio da proporcionalidade.

3.4. Nos controversos casos *S. H. e outros c. Áustria* o TEDH apreciou a conformidade da legislação austríaca que proíbe a doação de esperma para FIV e a doação de óvulos em geral face aos artigos 8.º e 14.º da CEDH, na sequência das queixas de dois casais impossibilitados de ter filhos de forma biológica e que pretendiam recorrer, num caso, a óvulo doado, e noutro, a esperma doado. Não estava em causa a proibição de FIV enquanto tal, permitida quando o óvulo e o esperma fossem dos membros do “casal”, mas sim a proibição de recurso a material biológico de terceiros para a concretizar; por outro lado, a doação de esperma era admitida em casos estritos no contexto de fertilização *in vivo*.

Numa primeira, e muito contestada, decisão de 01/04/2010, o Tribunal, decidindo em Secção, entendeu que a proibição austríaca violava o direito à vida familiar previsto no artigo 8.º em articulação com a proibição de discriminação do artigo 14.º, ambos da CEDH³⁶. Em extrema síntese, o Tribunal entendeu, num primeiro momento, que o

produce embryonic stem cells.” Dando precisamente conta das posições do Juiz Pinto de Albuquerque, e sublinhando a sua proximidade com as críticas do filósofo John Finnis, conhecido pela sua defesa do embrião e condenação da FIV, JESSICA GILES/ SIMON LEE, *Parrillo v Italy: Is There Life in the European Court of Human Rights?* *Oxford Journal of Law and Religion*, 5, 2016, pp. 162-167.

³⁴ *Dickson c. Reino Unido*, n.º 44362/04, decisão do Tribunal Pleno de 4^{de} dezembro de 2007.

³⁵ Sobre o conflito entre direitos individuais e interesse público, pode ler-se: “(...) there is no place under the Convention system, where tolerance and broadmindedness are the acknowledged hallmarks of democratic society, for automatic forfeiture of rights by prisoners based purely on what might offend public opinion” (§75).

³⁶ *S. H. e outros c. Áustria*, n.º 57813/00, decisão da 1.^a Secção de 01/04/2010. Sobre esta, STIJN SMET, How the outcome can be good, but the reasoning sloppy, Strasbourg Observers, 13/04/2010. Disponível em <https://strasbourgobservers.com> [16/04/2017]

artigo 8.º era aplicável, pois o direito de um casal a conceber uma criança e a escolher fazer uso de PMA para esse fim são expressão da vida privada e familiar³⁷. Depois de ter constatado a divergência de modelos de regulação da FIV em vários Estados Membros e a ausência de consenso, e em virtude de o problema em análise levantar “questões éticas e morais sensíveis”, o TEDH reconheceu ao Estado uma margem de apreciação ampla. O Tribunal distinguiu a decisão, pelo Estado, de permitir ou não o acesso a técnicas de PMA levando em conta razões de moralidade ou aceitabilidade social, da regulação diferenciada do acesso às técnicas de procriação artificial, uma vez admitido³⁸. Considerou que a proibição total de fertilização heteróloga consubstanciava uma discriminação dos requerentes face aos casais que podiam recorrer a técnicas de PMA sem recurso a óvulos ou espermatozoides doados (ou a espermatozoides doados para fertilização *in vivo*), vetada pelo artigo 8.º em articulação com o artigo 14.º da Convenção³⁹. O TEDH valorizou, em sede de controlo de proporcionalidade, a alternativa “proibição total *vs.* regulação”, considerando que uma proibição é desproporcionada se os interesses que visa acautelar, associados aos riscos associados aos desenvolvimentos tecnológicos em matéria de procriação, puderem ser protegidos pela regulação do acesso.

Da decisão foi interposto recurso para o Tribunal Pleno, que, em decisão de 03/11/2011, inverteu o sentido da decisão⁴⁰. A Áustria invocou diversos argumentos para proibir a doação de espermatozoides e óvulos para tratamentos de FIV (e para proibir a doação de óvulos em geral), designadamente a proteção das mulheres⁴¹, o perigo de ma-

³⁷ §60: “The Court therefore considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that end comes within the ambit of Article 8, as such a choice is clearly an expression of private and family life”.

³⁸ “The Court considers that concerns based on moral considerations or on social acceptability are not in themselves sufficient reasons for a complete ban on a specific artificial procreation technique such as ova donation. Such reasons may be particularly weighty at the stage of deciding whether or not to allow artificial procreation in general, and the Court would emphasise that there is no obligation on a State to enact legislation of the kind and to allow artificial procreation. However, once the decision has been taken to allow artificial procreation and notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention”. (§74).

³⁹ Para os efeitos do artigo 14.º, uma diferença de tratamento é discriminatória «if it has no objective and reasonable justification, which means that it does not pursue a “legitimate aim” or that there is no “reasonable proportionality between the means employed and the aim sought to be realised” » (§64).

⁴⁰ Criticamente, e assinalando o paralelismo com os *casos Lautsi*, NICOLAS HERVIEU, Procréation médicalement assistée: sous pression, la Grande Chambre préfère la pusillanimité à l’audace (CEDH, G.C. 3 novembre 2011, S. H. et autres c. Autriche), 07/11/2011, disponível em <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/11/07/procreation-medicalement-assistee-sous-pression-la-grande-chambre-prefere-la-pusillaninite-a-l-audace-cedh-g-c-3-novembre-2011-s-h-et-autres-c-autriche/> [16/04/2017]

⁴¹ Criticamente, considerando tratar-se de uma forma desajustada de paternalismo, ALEXANDRA TIMMER, Missed chance of condemning paternalism, *Strasbourg Observers*, 26/04/2010, disponível em <https://strasbourgobservers.com> [16/04/2017]. O TEDH afastou o argumento na decisão de

ternidades divididas, o bem-estar da criança e o perigo de reprodução seletiva. O TEDH aplicou novamente um entendimento amplo da margem de apreciação⁴², considerando a inexistência de um entendimento comum na matéria entre Estados Membros e o facto de se tratar de questões ética e moralmente sensíveis, e considerou que a Áustria não excedera a margem de apreciação. Com efeito, apesar de admitir um consenso emergente na legislação dos Estados Membros no sentido da admissão de doação de óvulos e esperma para FIV, entendeu que não era ainda suficiente para estreitar a margem de apreciação⁴³. Este entendimento do requisito do consenso⁴⁴ aliado a uma supervisão insuficiente da decisão estadual em sede de controlo da margem de apreciação foram criticados pelos juízes vencidos. Em última análise, escreveram, através do uso combinado do instrumento do consenso europeu e da margem de apreciação, o Tribunal escolheu uma abordagem mínima, se não minimalista, que dificilmente será capaz de esclarecer e orientar os tribunais nacionais.

Por último, ao argumento do governo austríaco no sentido de evitar a criação de “famílias atípicas” resultantes de fertilização com material biológico de terceiros pode contrapor-se o desenvolvimento do conceito de família e o seu alargamento a novas realidades no sistema da Convenção, visível desde os casos *Marckx c. Bélgica* (1979) e, posteriormente, *Schalk e Kopf c. Áustria* (2010)⁴⁵.

3.5. O TEDH exerceu de forma mais ampla os seus poderes de apreciação no caso *Costa e Pavan c. Itália* (2012)⁴⁶. O TEDH entendeu que violava o artigo 8.º da CEDH, tratando-se de intervenção desproporcionada na vida privada e familiar dos queixosos, a proibição legal de rastreio de doença genética por recurso ao diagnóstico pré-implantatório em contexto de PMA com vista a obstar à transmissão para o descendente da fibrose quística de que ambos os progenitores eram portadores sãos⁴⁷.

2010, mas não tocou na questão do paternalismo: apenas as mulheres doadoras de óvulos têm de ser protegidas da exploração, não os homens doadores de esperma.

⁴² Sobre a questão, v. ALEXANDRA TIMMER, S. H. and others v. Austria: margin of appreciation and IVF, *Strasbourg Observers*, 09/11/2011, disponível em <https://strasbourgobservers.com> [16/04/2017].

⁴³ “That emerging consensus is not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State.” (§96).

⁴⁴ Opinião conjunta dos juízes Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria. Em especial, §8: “The Court thus takes the unprecedented step of conferring a new dimension on the European consensus and applies a particularly low threshold to it, thus potentially extending the States’ margin of appreciation beyond limits”.

⁴⁵ *Marckx c. Bélgica*, n.º 6833/74, decisão de 13/06/79, relativo à vida familiar de uma mãe solteira e sua filha, e *Schalk e Kopf c. Áustria*, n.º 30141/04, decisão de 24/06/2010, admitindo pela primeira vez que as relações entre pessoas do mesmo sexo possam integrar o conceito de vida familiar. Sobre a questão, MARIS BURBERGS, *How the right*, cit.

⁴⁶ *Costa e Pavan c. Itália*, n.º 54270/10, decisão da 2.ª Secção de 28/08/2012.

⁴⁷ E de que era portadora também a sua filha mais velha, que nascera com a doença, e o feto de uma gravidez interrompida entretanto.

Os requerentes invocaram que o seu direito ao respeito pela vida privada e familiar estava a ser violado, uma vez que a única via ao seu dispor para gerar crianças não afetadas pela doença de que eram portadores sãos seria iniciar uma gravidez pelas vias naturais e recorrer ao aborto terapêutico de cada vez que um diagnóstico pré-natal mostrasse que o feto tinha a doença.

Segundo o direito italiano, o uso de tecnologia de reprodução assistida e diagnóstico genético pré-implantatório, que permite testes genéticos a um embrião antes de este ser utilizado para iniciar uma gravidez, era possível apenas para casais estéreis ou inférteis ou casais nos quais o homem sofresse de uma doença vírica sexualmente transmissível. Uma vez que aos queixosos apenas restava a via de iniciar uma gravidez e, eventualmente, interrompê-la em virtude da existência da doença, entendiam que estavam a ser discriminados (artigo 14.º) face aos casais estéreis ou inférteis ou casais nos quais o homem sofresse de uma doença vírica sexualmente transmissível.

Depois de reiterar, com base na sua jurisprudência, que a noção de vida privada no sentido do artigo 8.º é uma noção ampla — que abrange, entre outros, o direito para o indivíduo de estabelecer e desenvolver relações com os seus semelhantes, o direito ao desenvolvimento pessoal e à autodeterminação e o direito ao respeito pela decisão de se tornar ou de não se tornar progenitor (já afirmado em *Evans c. Reino Unido*) — e que o artigo 8.º protege o direito a ver respeitada a decisão de se tornarem pais genéticos (*Dickson c. Reino Unido*) e se aplica à matéria do acesso a técnicas heterólogas de procriação artificial através de fecundação *in vitro* (*S.H. e outros c. Áustria*), o TEDH entendeu que o “desejo dos pais de trazer ao mundo uma criança não afetada pela doença de que são portadores sãos e de recorrer para o efeito à PMA e ao DPI” era uma expressão do seu direito à vida privada e familiar, estando protegida pelo artigo 8.º da CEDH (§65).

A este propósito, refira-se que, apesar de se ter invocado que a decisão do TEDH pode ser vista como um passo (perigoso) no sentido do reconhecimento do direito a uma criança geneticamente saudável (eugenia)⁴⁸, a verdade é que o TEDH ressaltou que o que vinha alegado pelos requerentes era um direito a recorrer a DPI com vista a gerar uma criança que não tivesse a mesma doença genética da qual os pais eram portadores sãos⁴⁹, e não um direito geral a ter crianças sãs, como alegara o Governo italiano. Com efeito, o recurso ao DPI não permitia excluir os fatores que poderiam comprometer a saúde da criança a nascer, por exemplo complicações ocorridas durante a gravidez, visando outrossim identificar a presença de uma doença genética específica de particular gravidade e incurável no momento do diagnóstico (§54).

O Tribunal debruçou-se, de seguida, sobre a questão de saber se a proibição legislativa era uma interferência admissível nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 8.º da Convenção. Considerou que se estava perante uma ingerência legítima com vista a

⁴⁸ Criticamente, GREGOR PUPPINCK, *The Case of Costa and Pavan v. Italy and the Convergence between Human Rights and Biotechnologies. Commentary on the ECHR Ruling in Costa and Pavan v. Italy*, No. 54270/10, 28th August 2012, *Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia*, III, 2013.

⁴⁹ ADRIANA DI STEFANO, *Bio-ethics under Human Rights Scrutiny: toward a right to pré-implantation genetic testing under the ECHR?* *Strasbourg Observers*, 20/09/2012. Disponível em <https://strasbourgobservers.com> [16/04/2017]

proteger a moral e os direitos e as liberdades de outros (§58), mas que a medida, uma proibição cega de recurso aos testes pré-implantatórios, era desproporcionada. Perante os argumentos do Estado italiano de que a ingerência se justificava pela proteção da saúde da criança e da mãe, da dignidade e da liberdade de consciência dos profissionais médicos e pelo propósito de evitar derivas eugénicas, o Tribunal declarou não estar convencido, dado o facto de o Estado italiano admitir o aborto terapêutico logo que se apurasse que o feto tinha a doença, com as consequências mais gravosas que tal implica para o feto, para os pais e, sobretudo para a mãe⁵⁰. Como salienta Adriana di Stefano, o TEDH sublinhou a inconsistência de obrigar os pais a, no exercício do seu direito a trazer ao mundo uma criança não afetada pela doença de que são portadores, iniciarem uma gravidez que depois poderão ter de interromper, mas não os deixar implantar um embrião sem a doença, e os seus efeitos no direito ao respeito pela vida privada e familiar⁵¹.

O Tribunal de Estrasburgo sublinhou a existência de um consenso praticamente generalizado entre Estados Membros no sentido da admissibilidade do DPI para estes fins e a diferença entre este caso, relativo ao recurso a diagnóstico pré-implantatório e inseminação homóloga (*i.é*, sem recurso a dadores) e o caso *S. H. c. Áustria*, em que estava em causa o recurso a material doado, entendendo que a opção legislativa italiana, ao contrário da austríaca, estava submetida a supervisão total do Tribunal, não obstante colocar delicadas questões de ordem moral e ética (não sendo reconhecida margem de apreciação)⁵².

O acesso à procriação medicamente assistida por casais homossexuais também já foi levado a apreciação do TEDH em *Charron e Merle-Montet c. França* (n.º 22612/2015), caso em que se aguarda ainda, à data deste texto, decisão do TEDH (queixa foi comunicada ao Estado em Janeiro)⁵³.

4. Reflexões conclusivas

Apesar de não ser a única disposição da CEDH relevante, o TEDH tem retirado do artigo 8.º, seja da cláusula de proteção da vida privada seja da cláusula de proteção da vida familiar, seja de ambas, entendidas de forma aberta e atualista, a proteção de várias dimensões relevantes no âmbito da procriação medicamente assistida. O artigo 8.º tem, por conseguinte, permitido a abertura do sistema da Convenção a questões bioéticas em geral e muito especialmente permitido estender a sua proteção a novas realidades emergentes dos avanços científicos em matéria de procriação medicamente assistida.

É também claro que, do artigo 8.º da Convenção, resultam obrigações negativas de respeito do Estado, mas igualmente obrigações positivas. Nem sempre estão em causa as primeiras, ou apenas as primeiras, como bem ilustra o caso *Evans c. Reino Unido*, supra analisado.

⁵⁰ Criticamente, FILIPPO VARI, Considerazioni critiche a propósito della sentenza Costa et Pavan della II Sezione della Corte EDU, *Rivista AIC*, n.º 1/2013, www.rivistaaic.it/ [16/04/2017]

⁵¹ ADRIANA DI STEFANO, Bio-ethics, cit.

⁵² ADRIANA DI STEFANO, Bio-ethics, cit.

⁵³ Sobre os direitos dos homossexuais na jurisprudência do TEDH, v. TEDH, *Factsheet — sexual orientation issues*, 2017. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf [16/04/2017].

Do facto de o Tribunal identificar, no caso, dimensões protegidas pelo direito ao respeito pela vida privada e familiar, não resulta automaticamente a procedência do pedido, uma vez que o artigo 8.º contempla no seu n.º 2 uma cláusula de restrição, que exige a legalidade da medida, a legitimidade dos fins prosseguidos e o controlo da proporcionalidade dos meios utilizados. Em matéria de procriação medicamente assistida, dada a sensibilidade ética e social da matéria e a frequente ausência de consensos significativos, é por regra — mas só por regra, veja-se por exemplo o *caso Costa e Pavan c. Itália*, em que tal não aconteceu — reconhecida uma margem de apreciação *ampla* aos Estados.

O recurso à margem de apreciação é suscetível de diferentes leituras⁵⁴.

Pode ser visto como um mecanismo de gestão da hibridez no contexto do pluralismo jurídico global⁵⁵ ou mecanismo de flexibilização⁵⁶ e de diálogo entre níveis de proteção interconexionados mas dotados de autonomia⁵⁷. Numa outra leitura, sustenta-se que através do recurso à margem de apreciação o Tribunal abdica da sua responsabilidade como guardião dos direitos e liberdades da Convenção⁵⁸ e mostra relutância em assumir uma função diretiva das ordens jurídicas nacionais⁵⁹, assim se frustrando o desenvolvimento de um “modelo constitucional” capaz de orientar as ordens jurídicas europeias para um discurso comum de direitos humanos⁶⁰.

Uma posição intermédia na discussão polarizada sobre a margem de apreciação, suscetível de gerar alguma convergência, sustenta a necessidade de uma delimitação mais precisa dos critérios, ainda insuficientes, que governam o recurso à doutrina da margem de apreciação pelo Tribunal, conferindo-lhes maior consistência e transparência e, consequentemente, maior efetividade, com ganhos para a certeza e segurança jurídicas⁶¹. Tal implicará, certamente, maior consistência e clareza na determinação e aplicação dos critérios que justificam o reconhecimento de uma margem de apreciação estadual ampla

⁵⁴ Sobre a questão, CATHERINE VAN DE HEYNING, No place like home, in *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Cambridge/L Antwerp/Portland, Intersentia, 2011, pp. 65 ss., pp. 87 ss. e, entre nós, CATARINA SANTOS BOTELHO, *Quo Vadis “doutrina da margem nacional de apreciação”? O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional*, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 341 ss.

⁵⁵ PAUL SCHIFF BERMAN, Global Legal Pluralism, *Southern California Law Review*, 80, 2007, pp. 1171 ss., pp. 1201 ss.

⁵⁶ ONDER BAKIRCIOGLU, The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, *German Law Journal*, 8, 2007, pp. p711 ss., p. 731 ss.

⁵⁷ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

⁵⁸ Sobre a questão, SARA GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 255.

⁵⁹ Neste sentido, *vd.* Opinião de Françoise Tulkens e outros em *S.H. e outros c. Áustria*, *supra* referida.

⁶⁰ SIONAIDH DOUGLAS-SCOTT, Europe’s Constitutional Mosaic: Human Rights in the European Legal Space-Utopia, Dystopia, Monotopia or Polytopia?, in *Europe’s Constitutional Mosaic*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, p. 127 ss.

⁶¹ IGNACIO DE LA RASILLA DEL MORAL, The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine, *German Law Journal*, 7, 2006, pp. 611 ss., p. 621. A *Declaração de Brighton* (2012), a que se aludiu *supra*, apela precisamente a uma densificação dos princípios que guiam o recurso à margem de apreciação.

ou estreita⁶² e uma maior coerência no escrutínio das medidas estaduais, designadamente quanto à sua proporcionalidade, escrutínio esse cujas debilidades a jurisprudência analisada neste artigo também revela.

A abertura do sistema da Convenção às questões bioéticas dá-se também pela via do diálogo com outros instrumentos e mecanismos de proteção de natureza específica, como a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina* (Convenção de Oviedo, 1997)⁶³, ou o trabalho do Comité de Bioética do Conselho da Europa, sendo frequentes, na jurisprudência do Tribunal, as referências a uma e a outro⁶⁴. Tal aconteceu, por exemplo, em *Evans c. Reino Unido* (2007) sobre consentimento e destino de embriões obtidos segundo técnicas de FIV, no qual se invocou o artigo 5.º da Convenção de Oviedo e o 4.º princípio dos Princípios adotados pelo Comité *ad hoc* de peritos no progresso nas ciências biomédicas, comité especializado que precedeu o Comité de Bioética (CAHBI, 1989). Tal aconteceu igualmente em *Costa e Pavan c. Itália* (2012)⁶⁵, no qual o TEDH se refere ao artigo 12.º (testes genéticos preditivos) da Convenção de Oviedo (apesar de esta não ter sido ratificada pelo Estado italiano à data) e ao trabalho do Comité de Bioética do Conselho da Europa, referindo-se ainda a Direito da UE, *in casu* à Diretiva 2004/23 CE do PE e do Conselho sobre níveis mínimos de qualidade e segurança de obtenção, transformação, armazenamento e distribuição de tecidos e células humanas.

O diálogo vai por vezes mais longe, levando em conta para o “alargamento de razões” decisões de outros sistemas regionais de proteção, *e.g.* Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁶, como sucedeu em *Parrillo c. Itália*, em que, para além de ampla referência a Direito e jurisprudência eurocomunitária, se referiu a decisão *Murillo e outros v. Costa Rica* da Corte Interamericana de Direitos Humanos (28/11/2012), nos termos da qual se entendeu que o embrião não podia considerar-se pessoa para os efeitos do artigo 4.º da Convenção Americana (“direito à vida”).

Em suma, a proteção dos direitos fundamentais tem de levar em conta a realidade de pluralismo social, normativo, cultural das nossas sociedades, favorecendo uma abordagem pluralista assente no diálogo entre sistemas e níveis de proteção e um modelo “descen-
tralizado” e “dialético” de guarda dos direitos⁶⁷, que tem nos tribunais, mas não apenas nestes, instâncias fundamentais de concretização. O impacto da jurisprudência do TEDH

⁶² Sobre a questão, JANNEKE GERARDS, *Pluralism*, cit., p. 102 ss.

⁶³ Sobre a relação entre a CEDH e a Convenção de Oviedo e o recurso, pelo TEDH, a esta última, *vd.* F. SEATZU/ S. FANNI, *The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine*. *Utrecht Journal of International and European Law*, 31(81), 2015, pp.112–113. Note-se que o artigo 29.º da Convenção de Oviedo estabelece que o TEDH pode emitir pareceres consultivos sobre questões jurídicas relativas à sua interpretação.

⁶⁴ Como se assinala em TEDH, *Bioethics and the case law of the Court*, cit.

⁶⁵ F. SEATZU/ S. FANNI, *The Experience*, cit., p. 10 ss.

⁶⁶ Adotada em 22/11/1979 em S. José da Costa Rica, entrou em vigor em 1978. Texto disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_26.htm

⁶⁷ SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos*, cit., p. 58.

na esfera interna dos Estados Membros deve ser sublinhado⁶⁸, não apenas pela via do cumprimento interno das decisões do TEDH, mas igualmente pela via da influência que a jurisprudência de Estrasburgo possa, dada a prática de diálogo inter jurisprudencial, ter na conformação dos ordenamentos jurídicos nacionais, ainda que modelado pelo sistema de relevância da Convenção no direito interno e no sistema de fontes⁶⁹.

⁶⁸ Para uma análise deste impacto, v. Conselho da Europa, *Impact of the European Convention on Human Rights in States Parties. Selected examples*, Council of Europe Publishing, 2016.

⁶⁹ Em Portugal, sobre PMA, v. *Acórdão n.º 101/2009* do Tribunal Constitucional, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. No momento, está pendente pedido de fiscalização abstrata sucessiva das alterações legislativas de 2016 ao regime legal da PMA, designadamente à possibilidade de gestação de substituição.

FILHOS DE PAI ANÓNIMO NO SÉCULO XXI!

CHILDREN OF FATHER INCÓGNITO IN THE 21ST CENTURY

André Gonçalo Dias Pereira*

RESUMO

As recentes alterações à Lei 32/2006, de 26 de Julho, com o alargamento do âmbito de beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho) e com a regulação do acesso à gestação de substituição (Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto)¹, têm fortes refrações no âmbito do direito da filiação, afetando os seus princípios. Este texto visa colocar em evidência que o regime de compaixão com que se apresentou a regulação da “gestação de substituição” abre as portas a uma plena *contratualização* (do estabelecimento) da maternidade e que a valorização legislativa do interesse de todas as mulheres a procriar, se sobrepôs ao direito - que ao longo do último século se vinha afirmando — de a criança conhecer e manter uma relação jurídica e familiar com ambos os progenitores.

Palavras chave — FILIAÇÃO, PMA, MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO, DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL, DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

ABSTRACT

The recent amendments to Law 32/2006, of July 26, with the extension of the scope of beneficiaries of Assisted Reproduction techniques (Law no. 17/2016, of June 20) and with the regulation of access to gestational surrogacy (Law no. 25/2016, of 22 August) have strong refractions in the scope of the right of family affiliation, changing its principles. The purpose of this text is to show that the regime with which the “gestational surrogacy” has been introduced opens the door to full contractualisation (of the establishment) of maternity; secondly, the legislative valorisation of the interest of all women to procreate, overlapped with the right of the child to know and maintain a legal and family relationship with both parents, a right, which over the last century had been affirming.

Key words — FAMILY AFFILIATION, ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES, GESTACIONAL SURROGACY; RIGHT TO PERSONAL IDENTITY; RIGHT TO KNOWLEDGE OF GENETIC ORIGINS

* andreper@fd.uc.pt. E-mail: andreper@fd.uc.pt; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9871-5298>; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Diretor do Centro de Direito Biomédico. Trabalho integrado nas atividades do Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013). O Autor agradece a colaboração do Dr. Mickael Martins, Mestrando em Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Entretanto, a referida Lei 32/2006 sofreu uma quarta alteração, por força da Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho, onde se aditou o artigo 16.º-A (destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico).

SUMÁRIO: 1. Alterações à lei de PMA e os princípios de direito da filiação. 2. Princípios inerentes ao estabelecimento da filiação. 3. *Mater semper certa est*. 4. A Lei 25/2016, de 22 de Agosto e a contra-tualização da maternidade?. 5. Um século de luta contra a paternidade desconhecida. 6. Da PMA enquanto intervenção terapêutica à PMA enquanto meio de acesso à maternidade. 7. A Lei 17/2016, de 20 de junho: o regresso dos filhos de pai incógnito!. 8. Conclusão

1. Alterações à lei de PMA e os princípios de Direito da Filiação

A Lei 32/2006, de 26 de Julho, foi alterada em dois aspetos estruturais. Por um lado, deu-se um alargamento do âmbito de beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (doravante, PMA) através da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, e simultaneamente colocou-se em causa a natureza terapêutica deste procedimento médico. Por outro lado, regulou-se do acesso à gestação de substituição, através da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto². Estas leis têm importantes consequências no âmbito do direito da família e, em particular, no que concerne ao direito da filiação.

Importa não esquecer que aquele, a partir do Código Civil de 1966 (doravante, CC), mas, sobretudo, a partir da Reforma de 1977, foi-se alicerçando em determinados valores/princípios em ordem à proteção da família e ao estabelecimento de laços afetivos, de entre os quais o princípio da verdade biológica, evidenciando a “intenção de se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica”³ e, concomitantemente, pela emergência do direito ao conhecimento das origens genéticas, entendido como a faculdade de “aceder à identidade dos respetivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente”⁴.

Não pretendemos com esta exposição refutar peremptoriamente o recurso às técnicas de PMA por parte de mulheres sós, nem ignorar as transformações sociológicas na estrutura da família, mas tão-somente avaliar a subsistência daqueles princípios em face das recentes alterações legislativas e alertar para as consequências jurídicas ao nível do direito da filiação.

Neste texto iremos constatar que em 2016 o legislador veio reequacionar a estrutura do direito da filiação erigido nas últimas décadas, quer no que respeita ao estabelecimento da maternidade e da paternidade.

² Entretanto, a referida Lei 32/2006 sofreu uma quarta alteração, por força da Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho, onde se aditou o artigo 16.º-A (destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico).

³ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, II-1, Coimbra, 2006, p. 53.

⁴ RAFAEL VALE E REIS, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, 2008, p. 13.

2. Princípios inerentes ao estabelecimento da filiação

O Direito da Filiação⁵ encontra os seus grandes princípios, em primeira linha, na Constituição. Relevamos, nesta sede, *o direito de constituir família*, no sentido de que a todos é reconhecido o direito de ver juridicamente estabelecidos os vínculos de parentesco, *a não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do mesmo*, obstando-se à colocação de entraves ao estabelecimento da filiação fora do casamento. Também o *princípio da proteção da família*, efetivando-se as condições que permitam a realização pessoal dos membros da família e, em particular, no ponto em que se impõe a regulamentação da procriação medicamente assistida, dado que a mesma implica a constituição de vínculos de parentesco.

Embora não diretamente atinentes às relações familiares, importa ainda considerar o *direito à identidade pessoal* e o *direito ao desenvolvimento da personalidade*, ambos consagrados no artigo 26º CRP.⁶ O primeiro consiste, por um lado, “num *direito a ter um nome*, de não ser privado dele, de o defender e de impedir que outrem o utilize (sem prejuízo dos casos de homonímia)”⁷ e, por outro, num *direito à historicidade pessoal*, querendo significar o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores⁸. Já o direito ao desenvolvimento da personalidade “consagra uma liberdade geral de ação, em ordem à autonomia e autodeterminação individuais”⁹.

No que respeita aos princípios de ordem pública estruturantes do Direito da Filiação, destacam-se o *princípio da verdade biológica* e o *princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação*.

Relativamente ao primeiro, constata-se a intenção, por parte do nosso sistema de estabelecimento da filiação de “se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica”, na medida em que os vínculos biológicos tenham uma “tradução jurídica fiel”¹⁰. Não obstante, este princípio deve coadunar-se com a previsão de mecanismos jurídicos de correção, v.g., nos casos em que, da aplicação das normas de estabelecimento da filiação, nos deparemos com um resultado falso — falamos, por exemplo, da possibilidade de impugnação da maternidade e/ou da paternidade¹¹.

⁵ Seguimos de perto FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, pp. 49-55.

⁶ Sobre o fundamento do direito ao conhecimento das origens biológicas na Constituição Portuguesa e a discussão em torno da sua categorização como direito especial de personalidade, vide RAFAEL VALE E REIS, O direito, pp. 56 e ss.

⁷ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, pp. 50-53.

⁸ Relevante, v.g., em torno da discussão do anonimato ou não do dador de gâmetas.

⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 51.

¹⁰ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 52.

¹¹ Importa também não esquecer os casos de inseminação artificial heteróloga em que, como veremos *infra*, o marido que consente é considerado pai, muito embora fosse tecnicamente muito fácil demonstrar que biologicamente o não é.

Quanto ao segundo, afirma-se que a constituição de vínculos pode apenas e só operar através dos modos taxativamente previstos na lei. Contudo, a imperatividade da lei na consagração dos modos de estabelecimento da filiação em nada colide com a constatação de que certos mecanismos previstos na lei dependem da vontade dos particulares, quais sejam, v.g., o ato de iniciar uma investigação da paternidade¹².

3. *Mater semper certa est*

O estabelecimento da maternidade encontra-se previsto no artigo 1796º CC e decorre, nos termos do mesmo, do puro facto biológico do parto¹³, sem necessidade de um ato subsequente de perfilhação.

A verdade biológica do estabelecimento da maternidade é tutelada juridicamente, para além das regras registrais, pelo próprio direito criminal, uma vez que o artigo 248º do Código Penal, prevê e pune a hipótese de alguém fazer figurar no registo civil nascimento inexistente ou usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou a posição jurídica familiar de outra pessoa, com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias¹⁴. Além disso, o CC reconhece, no artigo 1807º, a possibilidade de impugnação da maternidade, caso a estabelecida não seja a verdadeira.

Numa palavra: para o direito da filiação português, a maternidade é imposta *ope legis* (desconsiderando a vontade da mulher) e o critério determinante é o do parto.

Com efeito, a “roda dos enjeitados” foi abolida em 1867.¹⁵ Por toda a Europa ao longo dos finais do século XIX e inícios do século XX foi sendo abolido esse instituto da roda dos enjeitados, mas verifica-se um regresso a essa possibilidade em vários países,¹⁶ designadamente em França onde vigora, desde 1941, o instituto do “*accouchement sous X*”.¹⁷

¹² Para mais desenvolvimentos, FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*, II, pp. 54 e 55.

¹³ Sobre os modelos de regime para o estabelecimento da maternidade, *vide* FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*, II, pp. 57 e ss. Além disso, importa considerar a admissibilidade no nosso ordenamento da gestação de substituição — aprovada pela Lei 25/2016, de 22 de Agosto —, que constitui um desvio ao princípio da verdade biológica, bem como uma exceção ao estabelecimento da maternidade como mera decorrência do puro facto biológico do parto.

¹⁴ Artigo 248.º CP (crime de falsificação de estado civil).

¹⁵ Porém o Código do Registo Civil prevê a hipótese de registo de abandonados (arts. 105.º e ss.) — cf. PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, *Direito da Filiação*, p. 22.

¹⁶ O DEUTSCHER ETHIKRAT pronunciou-se sobre a matéria no parecer de 26 de novembro 2009, *Das Problem der anonymen Kindesabgabe*, recomendando o *abandono* dessa prática.

¹⁷ Cf. article 326 du Code civil français, alinéa unique «Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.» Bem como o article L222-6 (ou L. 222-6) do Code de l'action sociale et des familles).

4. A Lei 25/2016, de 22 de Agosto e a contratualização da maternidade?

O princípio tradicional de estabelecimento da maternidade entra em crise com a gestação de substituição, “sobretudo quando a mulher que pretende o filho fornece o seu óvulo, para que o embrião seja gerado pela mãe substituta”¹⁸.

A Lei 25/2016, de 22 de Agosto, regula o acesso   gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Segundo a nova lei, a gestação de substituição consubstanciar  aquelas situa es em que uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade¹⁹. A admissão da celebração de *negócios jurídicos* nestas circunstâncias tem caráter excecional e são sempre de *natureza gratuita*. Além do mais, a sua celebração carece de autorização prévia do CNPMA, a qual deverá ser precedida por uma solicitação de parecer à Ordem dos Médicos.

Os *contratos* celebrados neste âmbito deverão ser reduzidos a escrito, onde deve constar, obrigatoriamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez²⁰. Mais uma vez, realça-se a proibição de qualquer tipo de pagamento/doação por parte dos beneficiários   gestante de substituição, admitindo-se tão-somente o *pagamento do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde da gestante*. Nos termos do artigo 8.é, n.  11, é proibida a imposição de restrições de comportamentos   gestante de substituição.

Os *negócios jurídicos* que não respeitem o disposto no artigo 8.é da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 25/2016, são considerados *nulos*, com todas as consequências que derivam do conseqüente regime legal.

O Decreto-Regulamentar 06/2017, de 31 de julho, veio regulamentar a inovadora Lei de 2016. Com base no disposto no artigo 2.é, n.às 2, 3 e 6 do decreto regulamentar, o pedido de autorização prévia para a celebração de *contratos de gestação de substituição*   apresentado ao CNPMA, através de formulário disponível no respetivo sítio de Internet, cujo modelo é criado por aquele Conselho, e deve ser subscrito conjuntamente pelo casal beneficiário e pela gestante de substituição. No prazo máximo de 60 dias a contar da apresentação do referido pedido, o CNPMA delibera sobre a admissão ou rejeição do pedido de autorização prévia e, em caso de admissão, solicita o parecer da Ordem dos Médicos que, igualmente nos termos do decreto, não tem caráter vinculativo e, em caso de falta de emissão de parecer, o procedimento pode prosseguir os seus termos e ser decidido sem o mesmo.

Interessa-nos aqui — apenas — abordar a problemática da validade do contrato e as consequências dessa (in)validade, dado que na redação original do projeto deste Decreto Regulamentar constava, no seu artigo 3.é, n.é 5, o seguinte:

¹⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 143., p. 59.

¹⁹ Artigo 8.é/1 da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 25/2016.

²⁰ Artigo 8.é, n.é 10.

“em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição *são sempre tidas como filhas dos respetivos beneficiários*”.

Como vimos, a Lei 25/2016 pretendia admitir a celebração deste tipo de contratos em condições absolutamente excecionais e considera nulos — e em alguns casos até *criminalmente puníveis*²¹ - todos aqueles negócios que não respeitem as rigorosas condições formais, procedimentais e substanciais que rapidamente enunciamos.

Ora, como bem assinalou o Parecer 92/CNECV/2017, de janeiro de 2017, “não se compreende que o diploma regulamentador venha atribuir a um contrato nulos efeitos idênticos a um contrato válido”. E conclui, “não é aceitável, do ponto de vista ético, que alguém possa obter, através de um contrato de gestação em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais. Tal solução não dissuadiria as práticas ilegais e proporcionaria ocasiões de exploração das mulheres gestantes que se pretende limitar ao máximo”.²²

Em boa hora, o legislador terá atendido às críticas formuladas pelo CNECV e as críticas tecidas pela doutrina, pelo que aquela norma foi afastada do texto aprovado pelo Governo e publicado em Diário da República.²³

Esteve bem o legislador ao não consagrar uma “regularização do ilícito” automático que seria um “benefício ao infrator”, configurando um convite ao desrespeito pelas condições rigorosas e restritivas com que se quis regulamentar a gestação de substituição em Portugal. Naturalmente que se surgirem casos concretos de uma atuação à margem da lei, terão os tribunais que decidir — casuisticamente — qual a solução adequada, atendendo à primazia do “melhor interesse da criança”, como vem exigindo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.²⁴

Uma última nota para expressarmos a nossa discordância face a que — pelo menos nesta fase inicial — se não tivesse limitado esta técnica às *personas residentes em Portugal*, evitando assim que o nosso país se torne um destino de turismo procriativo neste domínio eticamente tão controverso.²⁵

²¹ Cf. artigo 39.º, introduzido pela mesma Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

²² Página 10 do referido Parecer 92/CNECV/2017.

²³ Diário da República n.º 146/2017, Série I de 2017-07-31.

²⁴ Estamos cientes que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou a França — nos casos *Mennesson v. France* and *Labassee v. France* 26 June 2014 (Chamber judgments) - pois considerou ser “o melhor interesse da criança” ser registada como filha do “casal beneficiário”, apesar de esse casal ter ilegalmente recorrido à maternidade de substituição (no estrangeiro), tendo aí obtido o estabelecimento da filiação. Por seu turno, no caso *Paradiso and Campanelli v. Italy* 24 January 2017 (Grand Chamber judgment), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não condenou a Itália. Note-se que neste caso nenhum dos membros do “casal beneficiário” teria ligação biológica com a criança. Cf. Silvia Gonzalez Vilar, *Gestación Por Sustitución En España, Un Estudio Con Apoyo En El Derecho Comparado Y Especial Referencia A California (Eeuu) Y Portugal*, Castellón de la Plana, Universidad Jaume I, 2017, pp. 287 ss. e ainda http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf.

²⁵ Veja-se — com uma posição contrária à sua regulamentação desta técnica — o INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Por exemplo, o Parlamento Europeu, na sua Resolução do Parlamento Europeu, de 17 de dezembro de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria, afirmou: “115. *Condena a prática de gestao para outrem, que compromete a dignidade humana da mulher, pois o seu corpo e as suas funções reprodutoras são utilizados como mercadoria; considera que a prática de gestao para outrem, que envolve a explorao reprodutiva e a utilizao do corpo humano para ganhos financeiros ou outros, nomeadamente de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos.*”

5. Um século de luta contra a paternidade desconhecida

“Ao contrário do regime legal quanto ao estabelecimento da maternidade — que não tem diferenças pelo facto de a mãe ser casada ou solteira — no regime da paternidade tem de se tomar em conta esta alternativa”²⁶.

Com efeito, sendo casado, vale a presunção *pater is est quod nuptias demonstrant*, estabelecida no artigo 1826.º CC, e segundo a qual se presume que o pai é o marido da me²⁷. Esta presunção radica, não são nas regras da experiência, mas também num juízo de probabilidade, considerando-se suficiente, “para se dar um evento por certo, uma probabilidade de ele ser ter verificado”²⁸. Estamos então perante uma presunção legal que, não obstante s-lo, se trata de uma presunção *iuris tantum*, no sentido em que admite prova em contrário do facto presumido²⁹.

Não sendo casado, existem os demais mecanismos, quais sejam: a perfilhao, a averiguao oficiosa de paternidade e a ao de investigao da paternidade.

A perfilhao constitui uma das formas de reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimnio. Consiste, segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “numa manifestao de um indivíduo que se apresenta como progenitor de um filho que ainda não tem a paternidade estabelecida”³⁰. A perfilhao é um simples ato jurídico, uni-

²⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 86.

²⁷ Menção obrigatória da paternidade — artigo 1835.º CC.

²⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, pp. 93-94.

²⁹ Discute-se, no seio da doutrina, da admissibilidade de extensão da presunção de paternidade  união de facto, dado que, muito embora a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que adota medidas de proteção da união de facto, não tenha estendido aquela presunção aquele que vive em união de facto com a mãe do filho, o certo é que a mesma pressupõe condições análogas às dos cônjuges. Todavia, h uma objeção operacional ao funcionamento desta presunção tão forte (que opera não apenas em processo judicial, mas logo em sede administrativa, de registo): É que não sendo a união de facto registada, como poderia a conservatória do registo civil ter conhecimento da mesma? Como refração desta aproximao entre o casamento e a união de facto no que tange ao estado das pessoas veja-se, a este propósito, o artigo 20.º, n.º1 da Lei 17/2016, de 20 de Junho, que procede à segunda alteração  Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (alargamento dos beneficiários das técnicas de PMA), que considera a criança nascida por força do recurso a técnicas de PMA também como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso  técnica em causa, nomeadamente a pessoa que com ela esteja unida de facto.

³⁰ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 149.

lateral e não receptício — na medida em que não é necessário levar ao conhecimento do perfilhado para que a mesma seja considerada válida³¹ —, pessoal e livre.³²

GUILHERME DE OLIVEIRA defende existir um *dever jurídico de perfilhar*, de modo a que o pai assuma a sua responsabilidade pelo filho e não apenas de um mero dever moral ou de consciência, ou, ainda, próximos de um dever cujo cumprimento não pode ser exigido³³. E fundamenta a sua posição, alegando que se o sistema vigente a partir de 1967 estabelece a obrigação de averiguar oficiosamente a paternidade quando a mesma reste incógnita no assento de nascimento, “isto significa que a descoberta da paternidade, além de constituir um interesse relevante do filho que, por isso, dispõe da ação de investigação, constitui também um interesse público”³⁴. Assim, existindo um dever jurídico de perfilhar, entende o autor que a omissão culposa da perfilhação viola um direito alheio e gera a obrigação de indemnizar nos termos gerais da responsabilidade civil.

Uma última nota quanto à imprescritibilidade da impugnação da perfilhação. Com efeito, dispõe o artigo 1859.º CC que a perfilhação que não corresponda à verdade é impugnável em juízo mesmo depois da morte do perfilhado, acrescentando no seu n.º 2 que a mesma ação pode ser intentada a todo o tempo. Quer isto dizer que a ação de impugnação é imprescritível, evidenciando assim o interesse público na descoberta da verdade biológica, e da coincidência tanto quanto possível entre o Direito e as realidades de sangue.

Com o intuito de eliminar os casos de progenitura incógnita, foi introduzido em 1966 o instituto da *averiguação oficiosa da paternidade*. Assim, quando seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai, nos termos do artigo 1864.º CC³⁵.

São poucas as situações em que não é admitida a averiguação oficiosa da paternidade, previstas no artigo 1866.º CC. A alínea a) deste artigo refere-se aos casos de incesto — se antes, em 1867 e em 1966 vigorava a imperfilhabilidade dos filhos incestuosos, a partir

³¹ Veja-se, no entanto, o artigo 1857.º que estabelece que a perfilhação de filho maior ou emancipado só produz efeitos se derem o seu assentimento. Como notam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, este regime, porém, não altera a qualificação de ato unilateral, pois “a perfilhação é válida logo que feita segundo a forma legal, antes daquele assentimento requerido” — in FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 152.

³² Questionam ainda os autores se a perfilhação consiste numa declaração de vontade, ou numa declaração de ciência, inclinando-se para esta última posição, na medida em que o perfilhante declara que sabe que é o progenitor — vide FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 151.

³³ Como no caso das obrigações naturais.

³⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 410/2011 do Tribunal Constitucional, in *Lex Familiae*, Ano 9, 2012, pp. 107 — 115, p. 113. E o autor vai mais longe: defende a eliminação das diferenças entre o estabelecimento da paternidade e da maternidade que não decorram de fatores biológicos ou por dificuldades de prova específicas.

³⁵ Merece particular destaque o artigo 1865.º/4 CC, dispondo o mesmo que “se o pretense pai negar ou se recusar confirmar a paternidade, o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da ação de investigação da paternidade”.

da Reforma de 77, a filiação pode ser estabelecida por ato de perfilhação ou por ação de investigação, que resultam da “vontade e da iniciativa dos interessados, mas não através de um procedimento oficioso”³⁶. A segunda situação prevista é a de terem decorrido dois anos sobre a data do nascimento — reflexo, por um lado, de uma certa cautela, a fim de não onerar os agentes com procedimentos dificultados, v.g., pelo perecimento das provas e, por outro, de um estímulo, em ordem ao estabelecimento célere do vínculo.³⁷

Por seu turno, estabelece o artigo 1867.º CC a obrigatoriedade de o Ministério Público promover a instauração de ação de investigação, independentemente do prazo a que se refere a alínea b) do artigo 1866.º, quando se considere provada em processo crime a cópula em termos de constituir fundamento para a mesma. Ou seja, a lei de 1977 revela-se tão ciosa de constituir relações de paternidade (biologicamente fundadas) que até em casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher, deve o Ministério Público instaurar a competente ação de investigação. E tudo isto independentemente da vontade da mulher!³⁸

É esta a intencionalidade do direito da filiação pré-2016: o estabelecimento de relações de filiação, de base biológica e a garantia de que a criança beneficia de dois progenitores....

Essa mesma intencionalidade pode ser constatada na evolução do regime da ação de investigação da paternidade no último século. Esta ação revela-se de extrema importância prática, advindo já do direito romano. Entre nós, no Código de Seabra, a investigação da paternidade era proibida, exceto nos casos de escrito de pai, de posse de estado, estupro violento e rapto — o motivo tradicionalmente apontado para esta proibição era o de que não era possível demonstrar a existência do vínculo biológico. Com efeito, à época, “a imposição judicial da paternidade envolvia arbítrio, incerteza e possibilidade de abuso”³⁹, já para não nos referirmos à elevadíssima margem de erro inerente.

Esta proibição manteve-se inalterada até à entrada em vigor do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 — o diploma em causa veio acrescentar duas hipóteses ao leque restrito de situações em que a ação de investigação era admitida: sedução com abuso de autoridade, abuso de confiança ou promessas de casamento e convivência notória. Com o Código Civil de 1966, passou a admitir-se também a ação nos casos de concubinato simples e sedução simples.

Já em 1977, aquando da Reforma, a tradicional justificação da dificuldade e perecimento da prova vai enfraquecendo à medida que se constata uma melhoria crescente dos meios de prova científica da paternidade⁴⁰. Do mesmo passo, como tivemos oportunida-

³⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 198.

³⁷ Sobre o prazo de dois anos e a discussão em torno da contagem a partir do nascimento ou a partir do momento em que o mesmo é levado ao registo, *vide* FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, pp. 199 e ss.

³⁸ E após a constituição dessa relação jurídica de filiação/ paternidade, como é natural, todas as normas relativas aos efeitos da filiação se tornam operantes, pelo que — no limite — o homem que violou uma mulher, pode — em tese - vir a exercer responsabilidades parentais relativamente ao menor.

³⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 206.

⁴⁰ Neste sentido, dispõe o Acórdão do Tribunal Constitucional 401/2011, de 22/09: “da evo-

de de enfatizar *supra*, verificou-se uma mudança no domínio dos valores dominantes no âmbito da filiação — os valores da segurança jurídica dos pretensos pais, o interesse em estabilizar a família conjugal, o interesse da proteção do (eventual) réu contra pretensões tardias — denominadas caças à fortuna — diminuem na razão inversa à afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na vertente de salvaguarda da sua autonomia e *do direito ao conhecimento das origens genéticas*.⁴¹

i) Estabelecimento de prazos para a propositura da ação

Já desde 1988 se discutia o problema da inconstitucionalidade dos prazos de caducidade previstos no artigo 1817.º, n.ºs 1, 3 e 4.⁴² Numa primeira fase, o Tribunal deliberou sempre no sentido da compatibilidade das normas com os princípios constitucionais, alegando que o regime definia um “condicionamento do direito de investigar, mais do que uma verdadeira restrição”⁴³.

Hodiernamente, contudo, constata-se uma mudança de paradigma: a falência das tradicionais razões apontadas de proteção do pretenso progenitor, a par dos desenvolvimentos da genética — que conduziram à generalização das provas científicas -, a procura da verdade biológica e a salvaguarda do direito à identidade, à integridade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e, ainda, do princípio da não discriminação dos filhos nascidos dentro e fora do casamento reacenderam a discussão em torno do estabelecimento de prazos para a ação de investigação da paternidade.

No Ac. 486/2004, de 7 de julho, apreciou-se a questão da constitucionalidade do prazo-regra estabelecido no artigo 1817º/1, concluindo-se pela inconstitucionalidade da norma. O Tribunal considerou que a exclusão do direito de investigar, logo a partir dos vinte anos de idade, tem como consequência uma diminuição essencial (sublinhado nosso) dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, violando os artigos 26.º/1, 36.º/1 e 18.º/2 da CRP.⁴⁴

Em 2006, o Ac. 23/2006, de 10 de Janeiro declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 1817.º CC, aplicável por remissão do artigo 1873.º do mesmo Código, na medida em que prevê um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigador para a caducidade do direito de investigar a paternidade. No seguimento da publicação do Acórdão 23/2006, o Supremo Tribunal de Justiça, em sucessivos acórdãos, veio reconhecer a imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade, considerando, assim, o direito a conhecer a paternidade como um direito inviolável e imprescritível.

lução da jurisprudência constitucional nesta temática constata-se que perante o fim do receio do envelhecimento e aleatoriedade da prova, face aos avanços científicos que permitiram o emprego de testes de ADN com uma fiabilidade próxima da certeza (...). ”

⁴¹ Sobre a legitimidade, os pressupostos e o objeto do processo, *vide* FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, pp. 209 e ss.

⁴² FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, pp. 247 e ss.

⁴³ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 247.

⁴⁴ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 253.

Numa reponderação dos interesses em jogo, a Lei 14/2009, de 01 de abril altera a redação do artigo 1817.º CC, estabelecendo o prazo de 10 anos após se atingir a maioridade ou emancipação. Além disso, nos termos do artigo 1817.º/3, a ação pode ainda ser proposta nos três anos posteriores v.g., quando o investigador tenha tido conhecimento, após o decurso do prazo previsto no n.º1, de factos ou circunstâncias que justifiquem a investigação, designadamente quando cesse o tratamento como filho pelo pretenso pai. Como nota Guilherme de Oliveira, “o novo regime continuou a evitar a imprescritibilidade das ações, embora tenha tornado o quadro legal mais favorável às pretensões dos eventuais filhos investigadores”⁴⁵.

O debate doutrinário continuou intenso e a lei foi mesmo sujeita ao teste de constitucionalidade, tendo o Ac. TC n.º 401/2011, de 22/09 decidido “não julgar inconstitucional a norma do artigo 1817.º/1 CC, na redação da Lei n.º 14/2009, de 01 de Abril, na parte em que, aplicando-se às ações de investigação da paternidade, por força do artigo 1873.º do mesmo Código, prevê um prazo de dez anos para a propositura da ação, contado da maioridade ou emancipação do investigador”.⁴⁶

Em suma: se antes de 1910 a forma segura de uma criança ter um pai era a sua mãe ser casada, desde 2006 (e 2009) o direito ao conhecimento das origens e à investigação da paternidade alcançou um patamar fortíssimo no plano jurídico, reforçando os avanços já garantidos pela genética forense.

Os resultados desta política legislativa são muito positivos: nos últimos 40 anos, o número de filhos de pai incógnito tem baixado substancialmente, Com efeito, há cerca de 151.000 portugueses sem o nome do pai indicado no bilhete de identidade, mas apenas 8000 têm menos de 15 anos. E mais de 70% dos casos referem-se a pessoas com mais de 40 anos.

A Reforma de 1977 teve franco sucesso no intuito de por cobro à figura dos *filhos de pai incógnito*!

Por seu turno, o direito da família, sobretudo desde 2008 (em especial com a imposição do regime-regra de *responsabilidades parentais conjuntas* nas *questões de particular importância* - art. 1906.º, n.1), muito tem feito (embora ainda haja muito por fazer...) para que as crianças — todas as crianças — tenham relações jurídicas, sociais, mas também afetivas e existenciais com os seus progenitores.

⁴⁵ Para uma análise crítica, vide GUILHERME DE OLIVEIRA, Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 410/2011 do Tribunal Constitucional, in *Lex Familiae*, Ano 9, 2012, pp. 107 — 115, p. 112.

⁴⁶ Este Acórdão conta com vários votos de vencido, nos quais se apresentam argumentos muito válidos sobre o direito da pessoa ao estabelecimento da paternidade. Talvez esses argumentos voltem a ser esgrimidos quando um dia for apreciada a constitucionalidade da lei que permitiu o acesso de mulheres só às técnicas de PMA.

6. Da PMA enquanto intervenção terapêutica à PMA enquanto meio de acesso à maternidade

Podemos distinguir⁴⁷, de entre as técnicas de procriação medicamente assistida, a inseminação artificial⁴⁸, a transferência intratubária de zigotos, a transferência intratubária de gâmetas, a fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides.⁴⁹ Nestas técnicas, os espermatozoides e os ovócitos podem provir do casal — designando-se por PMA homóloga — ou, pelo contrário, quando um ou ambos os tipos de gâmetas do casal não são viáveis, pode recorrer-se a um dador de espermatozoides e/ou de ovócitos, exterior ao casal, designando-se a PMA como heteróloga.

Importa sublinhar que, nos termos do artigo 1839º/3 CC, não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu. O artigo prevê as situações de recurso à inseminação levada a cabo com espermatozoides de dador, dado que, nestes casos, o marido não é o pai biológico e “seria tecnicamente muito simples vir a demonstrar que não é o progenitor, numa ação de impugnação”.⁵⁰

Após duas décadas de propostas⁵¹ e debates⁵² foi aprovada e publicada a Lei 32/2006 que regula a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida. Na sua redação originária, as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação⁵³. O recurso a estas técnicas teria que ser antecedida por um diagnóstico de *infertilidade*, ou ainda para *tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*.

⁴⁷ As noções que de seguida forem explicitadas foram retiradas do Parecer 3/CNECV/93.

⁴⁸ A qual deve ser a técnica preferencialmente utilizada, dado ser a menos invasiva para o corpo da mulher.

⁴⁹ Na inseminação artificial ocorre a transferência mecânica de espermatozoides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino. Na transferência intratubária de zigotos, ambos os tipos de gâmetas são postos em contacto *in vitro* em condições apropriadas para a sua fusão - o zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas. Na transferência intratubária de gâmetas, os dois tipos — espermatozoides e ovócitos —, previamente isolados, são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo a que só aí se dê a sua fusão. Quanto à fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões, o(s) zigoto(s) é (são) incubado(s) *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação - o embrião ou embriões resultantes, no estágio de 2 a 8 células, são então transferidos para o útero ou para as trompas. Por último, no que concerne à injeção intracitoplasmática de espermatozoides, estes são injetados artificialmente no ovócito.

⁵⁰ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso, II, p. 143. Estaríamos, no entender dos autores, perante a figura do *abuso de direito*.

⁵¹ Destacamos apenas o projeto pioneiro que teve a marca e esteve na origem do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Centro de Direito Biomédico, 1990.

⁵² Cf. LUÍS ARCHER, Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999, in *Broteria*, 2000, p. 337 ss.

⁵³ Artigo 4.º/1 da referida lei.

7. A Lei 17/2016, de 20 de Junho: o regresso dos filhos de pai incógnito!

Sucede que a Lei 17/2016, de 20 Junho veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, passando também a ser possível o recurso a estas técnicas por mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade (sublinhado nosso), garantindo assim o acesso a *todas as mulheres*.

Ademais, na descrição de quem pode beneficiar das técnicas de PMA, estabelece-se que podem recorrer às mesmas os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual⁵⁴.

A norma que merece o nosso enfoque neste tópico é a do artigo 20º, n.º 3. Com efeito, dispõe a mesma que se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14º, lavra-se tão-somente o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, *sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação*.

Ora, vimos *supra* que, nos termos do artigo 1864º CC, sempre que seja lavrado no registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai. Aquela norma surge, assim, em clara derrogação do disposto no preceito do Código Civil, mas mais ainda em contracorrente com a afirmação — que vimos ser um desiderato (progressista) do direito da filiação das últimas décadas — do direito à historicidade pessoal e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Com efeito, se a tendência era a do estabelecimento da parentalidade, da criação de mecanismos em ordem à luta contra o flagelo da filiação anónima, alguns dos quais levados a cabo oficiosamente, esta norma contradiz todas aquelas considerações, ante-vendo-se o renascer de filhos “sem pai” ou “filhos de pai anónimo”. E agora não como um facto indesejado ou uma falha do sistema, mas como uma consequência prevista (ou previsível) e intencionada (desejada?) pelo legislador histórico de 2016.

Note-se que este diploma vem promover a existência de duas classes de pessoas: as que são concebidas por meios naturais e que gozam de um alargado direito de investigação da paternidade e que beneficiam até de uma averiguação oficiosa da paternidade; “os outros”, nascidos por meio de técnicas de PMA, que não gozam desses direitos de filiação. Não apenas não têm nem poderão ter um pai, como não têm nem podem ter uma família paterna (avós, tios, meios-irmãos, primos).

Se a Constituição de 1976 pôs fim à discriminação das crianças nascidas fora do casamento, o legislador de 2016 criou novas diferenciações estruturais no estatuto das pessoas.

⁵⁴ Artigo 6.º da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 17/2016, de 20 de Junho.

8. Conclusão

Expusemos, de forma sucinta, quais os princípios orientadores do direito da filiação desde o Código Civil de 1966 e, sobretudo, a partir da Reforma de 1977. Percorremos, também, alguns tópicos dos meios de estabelecimento da maternidade e da paternidade que nos parecem deveras importante e que mereceram o nosso destaque, sobretudo por serem talvez aqueles que mais podem estar em causa com as recentes alterações à Lei 32/2006. Estas, em ordem à realização de uma outra ordem de ideias, caminham em contracorrente com aquelas que determinaram a edificação do nosso atual direito da filiação.

Resta-nos, em jeito de súmula, questionar:

- Terá sido o ano de 2016, com a Lei 25/2016, o ano em que o estabelecimento da maternidade se abriu ao terreno dos *negócios jurídicos* e dos *contratos*?
- Ficará esse mesmo Verão quente conhecido — devido à Lei n.º 17/2016 — como sendo o do regresso de um regime jurídico que aceita e promove filhos de pais incógnitos?

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

HUMAN DIGNITY AND MEDICALLY ASSISTED PROCREATION

Benedita Mac Crorie

RESUMO

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio central em matéria de procriação medicamente assistida, na medida em que a alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que incumbe ao Estado regulamentar a procriação medicamente assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. Sendo que se constata que existe hoje um uso abusivo do princípio da dignidade da pessoa humana em questões relacionadas com a bioética e particularmente quando se pretende justificar a ilegitimidade de algumas das soluções adoptadas em matéria de procriação medicamente assistida, procuraremos concretizar o princípio, recorrendo à jurisprudência do Tribunal Constitucional nesta matéria, de modo a perceber em que termos a dignidade da pessoa humana tem servido e pode servir de limite às opções do legislador ordinário.

Palavras Chave — DIGNIDADE, PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA, FÓRMULA DO OBJECTO, MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

The human dignity principle is a core principle concerning medically assisted procreation, inasmuch as Article 67 (2) (e) of the Portuguese Constitution establishes that the State shall regulate medically assisted procreation in terms that safeguard the dignity of the human person.

Given that there is an abusive use of the human dignity principle in matters related to bioethics, and particularly when it is used in order to justify the illegitimacy of some of the solutions adopted in medically assisted procreation, we will try to clarify what the principle means, using for that aim the jurisprudence of the Portuguese Constitutional Court, in order to understand in what terms human dignity has served and can serve as a limit to the options made by the legislator.

Key Words — DIGNITY, MEDICALLY ASSISTED PROCREATION, OBJECT FORMULA, SURROGATE MOTHERHOOD, CONSTITUTIONAL COURT

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *O princípio da dignidade da pessoa humana enquanto parâmetro de constitucionalidade no âmbito da procriação medicamente assistida* 3. *A Lei n.º 25/2016 e o princípio da dignidade da pessoa humana: algumas notas conclusivas*

1. Introdução

O tema escolhido para esta intervenção é o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida. As razões que justificaram esta escolha prendem-se, em primeiro lugar, com o facto de a alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP estabelecer

* bcrorie@direito.uminho.pt. Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

que incumbe ao Estado regulamentar a procriação medicamente assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, no Acórdão n.º 101/2009¹, no qual o Tribunal Constitucional (doravante TC) foi chamado a apreciar a ilegalidade e a inconstitucionalidade da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho², que veio regular a procriação medicamente assistida na ordem jurídica portuguesa, este princípio foi invocado pelos requerentes como fundamento da inconstitucionalidade de algumas das soluções adoptadas pelo legislador.

Finalmente, este princípio tem também sido invocado para justificar a inconstitucionalidade das mais recentes alterações legislativas no domínio da PMA, particularmente as introduzidas através da lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto de 2016³ (regulamentada pelo Decreto-Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho⁴), que veio permitir a gestação de substituição em situações excepcionais, tendo o TC sido inclusivamente chamado a pronunciar-se sobre este diploma.

Assim, sendo o princípio da dignidade central em matéria de procriação medicamente assistida e verificando-se uma tendência para um uso abusivo deste princípio⁵ particularmente em questões relacionadas com a bioética, procuraremos analisar criticamente como tem vindo a ser utilizado neste domínio, partindo da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana enquanto parâmetro de constitucionalidade no âmbito da procriação medicamente assistida

Para compreendermos o papel que o princípio da dignidade da pessoa humana deve desempenhar quando se pretende avaliar a conformidade constitucional das soluções adoptadas em matéria de PMA temos, antes do mais, de procurar concretizá-lo, olhando para o modo como o TC o tem feito.

Há uma questão prévia que se coloca, que é a de saber se o embrião é beneficiário da protecção decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar de o Tribunal não ter sido muito claro no Acórdão n.º 101/09 a este respeito, havendo alguma contradição naquilo que diz, particularmente ao estabelecer uma distinção entre embriões não implantados que virão a integrar um projecto parental e os que não o farão, servindo apenas para

¹ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.

² <http://data.dre.pt/eli/lei/32/2006/07/26/p/dre/pt/html>.

³ <http://data.dre.pt/eli/lei/25/2016/08/22/p/dre/pt/html>.

⁴ <http://data.dre.pt/eli/decregul/6/2017/07/31/p/dre/pt/html>.

⁵ PEDRO SERNA, La dignidad humana en la Constitución Europea, *Persona y Derecho*, 52, 2005, pp. 41 e 42. Sobre o “uso inflacionado” do princípio da dignidade, ver também PAUL TIEDEMANN, Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Die öffentliche Verwaltung*, 15, 2009, pp. 606 ss. Também alertando para o facto de “o uso inflacionado desta expressão” conduzir “a uma certa desvalorização argumentativa”, ver JOÃO LOUREIRO, O direito à identidade genética do ser humano, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, pp. 278 e 279.

efeitos de investigação⁶, partiremos do princípio que o TC considera que todo o embrião goza da protecção decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à densificação do princípio propriamente dita, apesar de este Tribunal, na sua jurisprudência, ter vindo a reconhecer-lhe uma multiplicidade de funções⁷, a verdade é que tem sido bastante mais cauteloso na sua densificação. Particularmente no já referido Acórdão n.º 101/09, o TC aplica o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro de constitucionalidade das opções do legislador, mas a verdade é que não explica propriamente que sentido lhe atribui para esse efeito. Criticando esse facto, Maria Lúcia Amaral, no seu voto de vencida, considera que “é compreensível que se seja prudente e parcimonioso quanto à densificação do conteúdo de um princípio que, como este, tem em si implicada uma fortíssima carga axiológica (porventura, e daí o seu alcance fundante, a mais forte carga axiológica no sistema dos princípios constitucionais); mas uma coisa é o ser-se prudente e outra o ser-se silente”.

Em virtude disso, defende que o Tribunal deveria, no Acórdão, ter-se pelo menos referido à fórmula do objecto para essa concretização. Efectivamente, em decisões anteriores o TC concretizou o princípio recorrendo à fórmula de inspiração kantiana⁸ e que tem a sua origem na doutrina alemã, com Günter Dürig. Dürig procurou definir a dignidade partindo da sua violação, que acontece nas situações em que a pessoa é reduzida à condição de objecto ou de um simples meio⁹.

A adequação da fórmula do objecto para a densificação do princípio da dignidade suscita-nos, no entanto, algumas reservas, pelo menos nos termos em que tem sido utilizada¹⁰. Por um lado, através do recurso a esta fórmula o princípio da dignidade tem ser-

⁶ Sobre esta questão, ver mais desenvolvidamente, BENEDITA MAC CRORIE, O princípio da dignidade da pessoa humana e a Procriação Medicamente Assistida: comentário ao Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional, in JORGE REIS NOVAIS — TIAGO FIDALGO DE FREITAS (coord.), *A dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional* (no prelo).

⁷ Ver sobre esta questão, BENEDITA MAC CRORIE, O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, in *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, 2004, pp. 163 ss; MARIA LÚCIA AMARAL, O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional, *Jurisprudência Constitucional*, 13, 2007, pp. 7 ss; também JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, I (Dignidade e Direitos Fundamentais)*, Coimbra 2015, pp. 28 ss.

⁸ O TC invocou a fórmula do objecto por exemplo nos Acórdãos n.º 426/91, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html>; n.º 89/00, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000089.html> e n.º 144/04, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html>.

⁹ Ver GÜNTER DÜRIG, Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2, 1956, pp. 125, 152 e 153.

¹⁰ BENEDITA MAC CRORIE, O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, *cit.*, pp. 171 — 173; BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, 2013, pp. 230 ss.; JOSEF ISENSEE, Menschenwürde: die sekuläre Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 131, 2006, p. 185, considera que apenas com a fórmula do objecto “não se torna o princípio da dignidade operacional”. Podemos ver ainda uma crítica à fórmula do

vido muitas vezes como argumento justificador de restrições à liberdade, mesmo contra a vontade da pessoa envolvida. No domínio da bioética a utilização do princípio com esse objectivo é particularmente notória, tendo inclusivamente suscitado posições que propõem o seu afastamento¹¹, ou pelo menos uma sua utilização mais “contida”¹².

Este é, a nosso ver, um uso abusivo do princípio da dignidade, uma vez que consideramos que esta se deve identificar com a autonomia ética da pessoa¹³ e que o reconhecimento dessa autonomia se deve traduzir na possibilidade de ser a própria pessoa, pelo menos em grande medida, a definir quando está ou não a ser instrumentalizada¹⁴. Só se verificará uma violação da dignidade mesmo com o consentimento do próprio quando este “anua na destruição ou anulação das condições da sua autodeterminação futura”¹⁵. Assim, é fundamental, na determinação da violação da dignidade, ter em conta o facto de a própria pessoa estar ou não de acordo com essa violação.

Por outro lado, muitas vezes as pessoas são objecto de medidas estatais ou de terceiros sem que tal implique uma violação da sua dignidade, o que demonstra também a insuficiência da fórmula. Precisamente por essa razão, Jorge Reis Novais defende que só haverá violação da dignidade quando, na instrumentalização em causa, esteja “decisivamente presente um elemento de coisificação, desvalorização, desprezo, humilhação ou, em geral, de degradação da pessoa”, o que pode resultar da intencionalidade de quem instrumentaliza ou do próprio contexto do caso. A apreciação da “intenção subjacente” e do “significado social de uma acção” é, por isso, essencial para avaliar se a instrumentalização é ou não atentatória da dignidade.¹⁶

objecto em JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO — JÓNATAS MACHADO, *Reality Shows e Liberdade de Programação*, Coimbra, 2003, p. 48.

¹¹ É o caso de RUTH MACKLIN, cujo editorial “Dignity is a useless concept”, publicado no *British Medical Journal*, 327, 2003, pp. 1419 ss, suscitou um debate aceso sobre a utilidade do princípio. Entre nós colocando também a questão de saber se o princípio da dignidade não deve ser abandonado, devendo procurar-se as razões mais profundas que justificam restrições da liberdade, ver NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética, *Lex Medicinæ*, 15, 2011, p. 33.

¹² JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, II (Dignidade e Inconstitucionalidade)*, Coimbra, 2016, p. 65 ss., referindo-se a uma aplicação contida do princípio em geral e não apenas em questões relacionadas com a bioética.

¹³ JOÃO LOUREIRO, O direito à identidade genética do ser humano, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, p. 279; JOÃO LOUREIRO, Os genes do nosso (des)contentamento, *Boletim da Faculdade de Direito*, 77, 2001, p. 186; JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, II, cit.*, 2016, p. 114.

¹⁴ MICHAEL KÖHNE, Abstrakte Menschenwürde, *Gewerbearchiv*, 7, 2004, p. 287, defende que a imposição de um determinado conteúdo da dignidade por terceiros significa obrigar o indivíduo a respeitar uma determinada concepção da dignidade que este não partilha, o que implica “convertê-lo em mero objecto da valoração acerca do que é ou não digno”.

¹⁵ JORGE REIS NOVAIS, Renúncia a direitos fundamentais, in JORGE MIRANDA (coord.), *Perspectivas Constitucionais — Nos 20 anos da Constituição*, Coimbra, 1996, pp. 327 e 330.

¹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, II, cit.*, pp. 112 ss. Considerando que o que está vedado pela fórmula do objecto não é usar o outro como meio, mas usá-lo simplesmente (unicamente) como meio, ver VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à imortalidade*, Coimbra, 2014, p. 329.

O Acórdão n.º 101/2009¹⁷ é um exemplo claro das dificuldades que esta fórmula pode suscitar. Em termos de inconstitucionalidade material, a primeira das questões colocadas ao TC, tendo como parâmetro de controlo o princípio da dignidade da pessoa humana, foi a da legitimidade do recurso a técnicas de PMA para tratamento de doença de terceiro. O dilema com que o TC aqui se confrontou foi o de saber se é legítima a utilização de técnicas de PMA, nomeadamente do diagnóstico genético pré-implantação, para obter um grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave de outra pessoa, normalmente um irmão.

No pedido de fiscalização o argumento invocado foi o de que esta prática se consubstancia numa violação do princípio da dignidade ao admitir a “criação de embriões-medicamento, instrumentalizando o embrião humano”, recorrendo-se portanto, ainda que implicitamente, à fórmula do objecto para a concretização do princípio.

Ora parece-nos evidente que, sendo o novo ser gerado precisamente com o intuito de salvar um terceiro, é inegável que está a ser utilizado como um meio, como um instrumento, para a prossecução de fins alheios. Se é assim, seguindo esta fórmula deveríamos considerar que se verifica uma violação do princípio da dignidade, posição defendida pelos requerentes.

A decisão do Tribunal não foi, no entanto, nesse sentido. Apesar de não resultar claro da leitura do Acórdão qual o conteúdo que foi atribuído ao princípio, justificando-se a crítica expendida por Maria Lúcia Amaral no que se refere à sua deficiente concretização, estamos de acordo com as conclusões a que chegou o Tribunal quanto à inexistência de uma violação da dignidade. Na análise que fez da solução legal, o TC parece (e bem) ter atendido ao “significado social da acção”, fazendo uma ponderação entre os diferentes direitos em jogo e considerando o fim visado, isto é, a protecção da saúde de um terceiro em perigo de vida. Tal significa que para a identificação das situações em que se verifica uma violação do princípio da dignidade é necessário considerar as circunstâncias concretas do caso, que determinarão se a instrumentalização em causa é ou não atentatória da dignidade.

O mesmo parece ter acontecido na análise feita a propósito da inconstitucionalidade da não punição da maternidade de substituição a título gratuito, outra das questões com que o TC se confrontou. A este propósito, o Tribunal estabelece que “(...) é necessário ter em conta que a maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio da fixação de um «preço», como sucede nas situações de maternidade de substituição onerosa”.

Também aqui, na sua argumentação, o TC teve então em conta quer o “significado social da acção”, quer a “intenção subjacente” de quem instrumentaliza e por essa razão entendeu que o facto de o legislador ter optado por não criminalizar essa conduta não implicou qualquer violação do princípio da dignidade.

¹⁷ Sobre este Acórdão, ver mais desenvolvidamente BENEDITA MAC CRORIE, O princípio da dignidade da pessoa humana e a Procriação Medicamente Assistida: comentário ao Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional, *cit.*.

3. A Lei n.º 25/2016 e o princípio da dignidade da pessoa humana: algumas notas conclusivas

Mais recentemente, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da Lei n.º 25/2016, que alterou a Lei n.º 32/2006 e que veio abrir a porta à gestação de substituição, ainda que em situações muito limitadas, nomeadamente “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”, não havendo ainda decisão. Um dos argumentos invocados para justificar o pedido de inconstitucionalidade do diploma é precisamente a desconformidade desta prática com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A questão com que o TC agora se confronta é claramente diferente daquela que analisou previamente, na medida em que, no Acórdão n.º 101/09, aquilo que estava em causa era apenas a constitucionalidade da não criminalização da maternidade de substituição a título gratuito, mantendo-se, no entanto, a prática ilícita. Agora o legislador foi mais ousado, legitimando a prática, ainda que apenas em circunstâncias excepcionais.

Apesar disso, pensamos que a afirmação do Tribunal de que não há na gestação de substituição gratuita “um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa (...)” deverá ser extensível à situação que o Tribunal é agora chamado a analisar. Parece-nos que o Tribunal não considerará que a gestação de substituição, nos termos restritivos em que está consagrada no diploma em análise, se consubstancia num atentado contra a dignidade da gestante, se nessa avaliação tiver mais uma vez em conta a “intenção subjacente”, o “significado social da acção” e o facto de a lei procurar garantir o seu consentimento livre e esclarecido, através da exigência de gratuidade¹⁸ e da inexistência de uma relação de subordinação entre as partes envolvidas¹⁹.

¹⁸ Considerando que a gestação de substituição, mesmo onerosa, não se consubstancia numa violação da dignidade, ver VERA LÚCIA RAPOSO, Quando a cegonha chega por contrato, *Boletim da Ordem dos Advogados*, 88, 2012, p. 27.

¹⁹ Em sentido contrário, defendendo que a gestação de substituição é atentatória do princípio da dignidade da pessoa humana em quaisquer circunstâncias por implicar uma instrumentalização da gestante, ver PAULO OTERO, A dimensão ética da maternidade de substituição, *Direito e Política*, 1, 2012, pp. 84 ss; JOÃO CARLOS LOUREIRO, Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação. Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição, in MANUEL DA COSTA ANDRADE, et al., *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, 2013, p. 1412 ss; JORGE DUARTE PINHEIRO, Mãe portadora — a problemática da maternidade de substituição, in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra, 2008, p. 336; ÉTIENNE MONTERO, La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas, *Persona y Derecho*, 72, 2015, pp. 227 ss. Considerando que esta prática implica necessariamente uma perturbação da condição da mulher, ainda que, por outro lado, defendendo que a inviabilização da maternidade de substituição pode acarretar um tratamento discriminatório das mulheres que padecem de problemas de infertilidade situados a nível uterino e não ovular, ver CARLOS PAMPLONA CÔRTE-REAL, Os efeitos familiares e sucessórios

Por outro lado, as condições em que esta prática está regulada podem ser também determinantes na avaliação da conformidade do diploma com a Constituição, uma vez que nem todas as formas de configurar o regime serão necessariamente consentâneas com os direitos fundamentais e, em última análise, com o princípio da dignidade²⁰.

Apesar das debilidades que podem ser apontadas a este diploma, da falta de regulamentação de várias questões importantes e que não foram também completamente resolvidas pelo Decreto-Regulamentar n.º 6/2017²¹, de serem muito discutíveis várias das opções tomadas pelo legislador nesta matéria²², da multiplicidade de problemas que a admissibilidade desta prática suscita e que podem inclusivamente justificar alguma cautela na sua implementação, não cremos que a violação do princípio da dignidade esteja em causa, considerando que este princípio apenas deve ser invocado em situações extremas.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida já teve oportunidade de se pronunciar mais de uma vez acerca desta questão e, em parecer de 2012, a propósito de dois projectos de lei apresentados na Assembleia da República²³, nos quais se admitia o recurso à gestação de substituição, considerou que pelo facto de nesses diplomas essa possibilidade estar prevista apenas para situações muito excepcionais não estava “(...) decisivamente em causa a afectação real e actual de princípios fundamentais” Para o Conselho “(...) a subsistência daqueles riscos e dúvidas pode ser compensada pelos benefícios substanciais que uma gravidez de substituição legalmente configurada nestes termos pode proporcionar à vida concreta de algumas pessoas, pelo que, nestas condições, não haverá objecções éticas absolutas às propostas constantes dos dois pro-

da procriação medicamente assistida, in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, Coimbra, 2005, p. 105.

²⁰ Considerando que o desenvolvimento da vida humana fora do útero materno a admitir-se nunca deve ser de encarar como simples meio de evitar o encargo da gravidez, mas apenas em razão de fins terapêuticos, ver MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, O conceito constitucional de dignidade humana entre o absoluto e a ponderação: o caso da reprodução humana, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Coimbra, 2012.

²¹ Sobre as várias “questões que a lei não esclarece”, ver VERA LÚCIA RAPOSO, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder), *Revista do Ministério Público*, 149, 2017, pp. 30 ss.

²² É aqui particularmente controversa a questão de saber até que momento pode a gestante revogar o seu consentimento. Sobre as dificuldades que se colocam a este propósito, ver o artigo de RAFAEL VALE REIS, O caminho difícil da gestação de substituição em Portugal, disponível in <http://observador.pt/opiniao/o-dificil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>. Considerando que a negação à gestante do direito a mudar de ideias se consubstancia numa violação ao princípio da dignidade, ver MARGARIDA DA SILVA PEREIRA, Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da gestação de substituição, *Julgar online*, Janeiro, 2017, <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gesta%C3%A7%C3%A3o-de-Substitu%C3%A7%C3%A3o-Maria-Margarida-Silva-Pereira.pdf>, p. 20. Considerando, por outro lado, que esta é a melhor solução, ver VERA LÚCIA RAPOSO, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder), *cit.*, pp. 15 ss.

²³ Parecer n.º 63/CNECV/2012, p. 9, <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>.

jectos em apreciação.”²⁴

Assim, seguindo a perspectiva que defende um uso mais parcimonioso do princípio da dignidade, não nos parece que a Lei n.º 25/2016 seja violadora da dignidade, nem da gestante nem do embrião, se aplicarmos aquilo que dissemos quanto ao facto de não haver instrumentalização quando a pessoa não se considera instrumentalizada (a não ser em situações extremas, que possam pôr em causa a sua autodeterminação futura, o que não nos parece ser o caso) e a aplicação da fórmula do objecto apenas poder servir para identificar violações da dignidade da pessoa humana quando na instrumentalização em causa estejamos perante um particular desprezo, uma particular desconsideração, sendo fundamental ter em conta a “intenção subjacente” e o “significado social da acção”.

²⁴ Apesar disso, em dois pareceres posteriores nos quais analisa a Lei n.º 25/2016 e o Decreto Regulamentar n.º 6/2017 (Parecer n.º 87/CNECV/2016, http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf; e Parecer n.º 92/CNECV/2017, http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1485453986_Parecer%2092_2017%20Proj%20DL%20Regulamentacao%20GDS.pdf.) o Conselho não considera justificável a alteração do regime jurídico da gestação de substituição nos termos propostos por estes diplomas. Tal posição do Conselho vem reforçar aquilo que dissemos quanto à análise que virá a ser feita pelo Tribunal Constitucional, nomeadamente que não se verifica uma violação do princípio da dignidade, ainda que as condições em que esta matéria está (ou não está) regulada possam suscitar várias dúvidas.

A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS

SURROGACY IN PORTUGUESE PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Helena Mota

RESUMO

O recurso à gestação de substituição ocorre frequentemente em contextos de internacionalidade, seja em razão dos diferentes estatutos pessoais dos envolvidos, seja pelos locais da celebração/execução do contrato de gestação. A regulação da gestação de substituição diverge de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, constatando-se uma clara divisão entre aqueles que a admitem e os que a proíbem ou ignoram, no que resulta a demanda pelos primeiros e a criação dos elementos de estraneidade (as *cross border surrogacy situations*) que conduzirão à necessária intervenção do Direito Internacional Privado, na sua dupla vertente de Direito dos Conflitos e de Direito do Reconhecimento e, muitas vezes, à invocação da reserva de ordem pública internacional. As modificações introduzidas na Lei n.º 32/2006, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, suscitam uma (re)ponderação do problema das *cross border surrogacy situations* do ponto de vista do Direito Internacional Privado português. Dos velhos e novos problemas trataremos neste trabalho.

Palavras Chave — GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, FILIAÇÃO, ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL, RECONHECIMENTO

ABSTRACT

Surrogacy often occurs in international situations, either by the different personal status of those involved or by the place of celebration of the surrogacy agreement. In some countries surrogacy, it is legal and in others it is either prohibited or ignored, resulting in the demand for the former. Cross border situations demand answers of Private International Law both in a choice-of-law and in a mere recognition perspective arising also public policy issues. The recent changes introduced in Portuguese Law on surrogacy forces a (re) consideration of the problem of cross border surrogacy from the point of view of Portuguese Private International Law.

Key Words — SURROGACY, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, PARENTAGE, PUBLIC POLICY, RECOGNITION

SUMÁRIO: 1. Introdução. Razão de ordem e sequência. 2. A gestação de substituição no direito comparado. 3. O reconhecimento em Portugal de actos públicos estrangeiros relativos a filiações constituídas no estrangeiro com recurso à gestação de substituição. 4. A lei aplicável ao estabelecimento da filiação e a gestação de substituição. 5. A ordem pública internacional. Novos e velhos problemas. 5.1. Delimitação das situações plurilocalizadas em que é invocada a reserva de ordem pública internacional no contexto de uma gestação de substituição. 5.2. A reserva de ordem pública internacional: caracterização e pressupostos de aplicação. 5.3. A posição da doutrina portuguesa em face da ordem pública internacional no âmbito da gestação de substituição. 5.4. A ordem pública internacional e o novo regime jurídico português da gestação de substituição: uma questão ultrapassada?

* hmota@direito.up.pt. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

1. Introdução. Razão de ordem e sequência

No mundo globalizado contemporâneo, a relevância das relações privadas internacionais, plurilocalizadas e com pontos de contacto com vários ordenamentos jurídicos, já não carece de demonstração. A facilidade de deslocação das pessoas, dos bens, dos capitais, dos serviços e da informação estimulou o tráfico jurídico internacional e, com isso, os problemas específicos da regulação jurídica de tais relações e dos quais se ocupa o Direito Internacional Privado.

A gestação de substituição¹ internacional não é, naturalmente, excepção: o recurso a esta forma de constituir relações de filiação ocorre muitas vezes em contextos de internacionalidade, seja pelos diferentes estatutos pessoais dos envolvidos (diferentes nacionalidades e/ou residências habituais), seja pelo local da celebração do contrato de gestação e/ou da sua execução por utilização das técnicas de procriação medicamente assistida (doravante, PMA).

A multiplicação das situações plurilocalizadas e das relações privadas internacionais decorre também da diversidade de soluções jurídicas vigentes nos diversos ordenamentos jurídicos: é o que sucede, precisamente, com a regulação da gestação de substituição que diverge de forma impressionante de ordenamento para ordenamento, como daremos nota. Mais do que diversidade de regulação, há, nesta matéria, uma clara divisão entre aqueles ordenamentos jurídicos que admitem e os que proíbem (ou simplesmente ignoram) a gestação de substituição no que resulta a demanda pelos primeiros e a criação dos elementos de estraneidade ou internacionalidade (as *cross border situations*, muitas vezes apelidadas de “turismo procriativo”²) que conduzirão à necessária intervenção do Direito Internacional

¹ O termo “gestação de substituição” (*gestational surrogacy*) corresponde à terminologia legal utilizada no ordenamento jurídico português após a alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, e que veio aduzir, às técnicas de PMA já reguladas, a “situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciado aos poderes e deveres próprios da maternidade” (artigo 2.º, n.º2, e artigo 8.º da Lei n.º 32/2006); por isso a preferimos e utilizámos no texto. Desse ponto de vista, ela não corresponderia àquilo que se designa por “maternidade de substituição tradicional” ou “procriação de substituição” (*traditional surrogacy*) segundo a qual a gestante é também mãe genética da criança (independentemente de ter utilizado ou não técnicas de PMA), modalidade não permitida pela lei portuguesa, nos termos do n.º3 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006. Uma vez que o texto apresenta uma visão internacional-privatística que tange, a vários níveis, com outras experiências jurídicas à luz das quais pode ser permitido ou possível o recurso a diferentes modalidades dentro do mesmo fenómeno de “gerar um filho para outrem”, a terminologia adoptada no texto deve ser entendida dessa forma ampla, abarcando todas as possibilidades científico-técnicas e legais de “gerar um filho para outrem” independentemente de serem utilizados ovócitos da gestante ou da mãe de intenção ou de terceira. Por este motivo, na língua inglesa optámos por apenas utilizar a terminologia *surrogacy*.

² Terminologia muito comum na doutrina ainda que várias vezes qualificada como pejorativa: a título de exemplo, cfr. ESTHER FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología” in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Fasc.I, Enero-marzo, 2015, pp. 5-60 (p. 31), A.L. CALVO CARAVACA E J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Mas allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Out. 2015), vol. 7, n.º2, pp. 45-113 (pp. 46 e

Privado, na sua dupla vertente de Direito dos Conflitos e de Direito do Reconhecimento.

Neste trabalho procuraremos, em primeiro lugar, identificar e caracterizar as diferentes situações plurilocalizadas em que o recurso à gestação de substituição convoca problemas, também eles, distintos, para o Direito Internacional Privado português. Trata-se de situações com pontos de contacto com um ou vários ordenamentos jurídicos estrangeiros e que entram em contacto com o ordenamento jurídico pátrio porque os intervenientes (ou alguns deles) são portugueses e/ou residem em Portugal e/ou o nascimento ocorreu em Portugal e/ou o contrato ou as técnicas de PMA foram feitas em Portugal.

Em qualquer dos casos, havendo recurso à gestação de substituição, poderemos ter de resolver problemas de: a) reconhecimento, em Portugal, de decisões jurisdicionais estrangeiras relativas ao estabelecimento da filiação de portugueses ou estrangeiros (artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil e artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Registo Civil); b) transcrição no Registo Civil português do registo de nascimento e estabelecimento de filiação ocorrido no estrangeiro, e obrigatório relativamente a cidadãos portugueses (artigo 1.º, n.º1, a) e b), artigo 2.º e artigo 6.º, n.º1, do Código de Registo Civil) ou facultativo relativamente a estrangeiros (artigo 6.º, n.º4 do Código de Registo Civil); c) impugnação da filiação assim transcrita e subsequentemente promovida, nomeadamente, pelo MP (artigo 1807.º do Código Civil); d) inscrição obrigatória no Registo Civil português relativamente a um nascimento ocorrido em Portugal em que os progenitores são estrangeiros, residentes, ou não, em Portugal (artigo 1.º, n.º2, do Código de Registo Civil); e) acção judicial de estabelecimento ou impugnação da filiação relativamente a cidadãos estrangeiros, residentes, ou não, em Portugal³ e, no limite, problemas decorrentes de outros efeitos de um contrato de gestação internacional,

49), ORNELLA FERACI, “Maternità Surrogata conclusa all’estero e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo: riflessioni a margine della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Oct. 2015), vol.7, n.º2, pp. 420-439, p.422 e AA. citados na nota 5, ANTONIA DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución” in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, 2012, pp. 265-308 (p. 271, nota 22), H. FULCHIRON, “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?”, in *Journal du droit international (Clunet)*, 2014, pp. 563 e ss.

³ Estas duas últimas hipóteses eram descartadas por NUNO ASCENSÃO SILVA e GERALDO ROCHA RIBEIRO uma vez que consideravam [in “A maternidade de substituição e o direito internacional privado português”, *Cadernos do CENoR*, n.º3, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 9-75, (p. 22)], se bem entendemos, que as normas da Lei n.º 32/2006 que proibiam a maternidade de substituição eram normas de aplicação imediata pelo que se sobrepujam ao estatuto pessoal eventualmente estrangeiro. Hoje, este entendimento teria necessariamente que decair e ser possível questionar no registo de nascimento ocorrido em Portugal por recurso a um contrato de gestação de substituição qual a lei aplicável ao estabelecimento da filiação sendo que, no actual quadro legislativo, o problema será inverso, i.e, poderá ser a lei estrangeira competente que o não permite, (re)colocando-se a questão da ordem pública internacional mas em sentido contrário. Por outro lado, poderão os tribunais portugueses serem chamados a reconhecer ou impugnar uma maternidade decorrente da celebração de um contrato de substituição e terem de determinar a lei competente se houver elementos de estraneidade (*vg.* os intervenientes são estrangeiros).

nomeadamente patrimoniais ⁴.

Em todos eles, poderemos ser confrontados com questões de determinação da lei aplicável ou apenas de reconhecimento das situações constituídas no estrangeiro e, a jusante, da aplicação da reserva de ordem pública internacional.

Se hoje, fruto das modificações introduzidas na Lei n.º 32/2006, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, e da admissibilidade e regulação, entre nós, da gestação de substituição, a fuga para ordenamentos mais permissivos deixou de ser tão necessária e interessante para os cidadãos nacionais, diminuindo de importância as questões suscitadas com o reconhecimento de decisões estrangeiras ou de actos de registo estrangeiros relativos ao estabelecimento da filiação por recurso à gestação de substituição e a decorrente convocação da ordem pública internacional, por outro lado, surgirão novos problemas, de tonalidade inversa, com a procura do território português com este mesmo objectivo; para além disso, a gestação de substituição, tal como está regulada hoje no direito português, tem modalidades, pressupostos e limites precisos [gratuidade, subsidiariedade e excepcionalidade ⁵, é interdita a homens sozinhos ou casais de homens, há necessária ligação

⁴ Quanto a este problema, há igualmente posições distintas: cfr., por um lado, NUNO ASCENSÃO SILVA E GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A maternidade de substituição”, p. 26, defendendo que a natureza puramente creditícia destes contratos poderá não ser afectada pela invocação da excepção da ordem pública internacional e, por outro, DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 623, defendendo que a nulidade do contrato de gestação, à luz da anterior redacção do art. 8.º da Lei da PMA, seria qualificável como norma de aplicação imediata, sobrepondo-se à sua validade apreciada *lex causae* e impedindo a sua execução em Portugal e a eficácia das obrigações dele decorrentes. No actual quadro legislativo, e no nosso modo de ver, as questões da validade e força vinculativa do contrato de gestação ao nível patrimonial e estritamente contratual devem ser apartadas dos seus efeitos ao nível da constituição do vínculo de filiação jurídica; aliás, nas relações internacionais, essa distinção é visível no desenho das soluções conflituais: temos por um lado as obrigações contratuais determinadas pela lei indicada nos artigos 41.º e 42.º do Código Civil — O Regulamento “Roma I” parece excluir do seu âmbito de aplicação material este tipo de contratos do foro pessoal nos termos do artigo 1.º, n.º2, a) e b) — e, por outro, a lei reguladora do estabelecimento da filiação à qual poderá interessar, no limite, o contrato de gestação como forma prevista em qualquer uma das leis aqui convocadas (lei pessoal da gestante e lei pessoal dos pais/mães de intenção) para se estabelecer a filiação. Desse modo, não nos parece ser de invocar nem a ordem pública internacional (no caso de a lei reguladora do contrato ser a lei estrangeira), uma vez que estão em causa aspectos puramente patrimoniais (e mesmo que esse contrato fosse hoje, ainda e por aplicação da lei portuguesa, nulo porque, por exemplo, oneroso), nem que haja necessidade de convocar as obrigações extra-contratuais deles emergentes e as regras de conflitos relativas à responsabilidade civil ou enriquecimento sem causa.

⁵ Ambos os requisitos estão previstos nos n.º2 do artigo 8.º e artigo 4.º, n.ºs.1 e 2, da Lei n.º 32/2006, cujos preceitos oferecem dúvidas de interpretação sistemática quando em confronto com o n.º3 do artigo 4.º: por um lado, a circunscrição, feita no artigo 8.º, n.º2, à admissibilidade da gestação de substituição em caso de “ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem” parece, à primeira vista, ser um desenvolvimento do princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da mesma lei (“As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”; “A utilização das técnicas de PMA só pode verificar-se mediante

biológica entre pelo menos um dos beneficiários e o filho, não haverá ligação biológica directa (doação de ovócito) entre a gestante e o filho, o consentimento pela gestante tem de ser prestado de forma específica] e sempre haverá quem procure soluções jurídicas diferentes, mais flexíveis e adaptadas à sua situação, pelo que os problemas tradicionais enumerados vão-se colocar, ainda que de modo e intensidade diferentes.

2. A gestação de substituição no direito comparado

A gestação de substituição é uma prática milenar, com as referências bíblicas de Raquel e de Sara no *Livro do Génesis*, mas com o desenvolvimento e proliferação das técnicas de PMA no sec. XX (embora já conhecidas e utilizadas em humanos desde o sec. XVIII), através das quais se tornou possível (re)configurar a gestação de substituição, não sendo necessária a cópula com o elemento masculino nem sequer a ligação biológica com a gestante, tornou-se uma prática cada vez mais frequente, apesar de não ser permitida na maioria dos ordenamentos jurídicos o que, por sua vez, suscitou os fenómenos das *cross border situations*, como já referimos.

diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outra”) mas com o qual colide o n.º3 do artigo 4.º, ao afirmar que “as técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”; poder-se-ia entender que a norma do artigo 8.º seria especial em relação ao artigo 4.º (neste sentido, ANTONIO VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto”, in *Diario La Ley*, Nº 8868, Sección Doctrina, 22 de Noviembre de 2016, Ref. D-407, Editorial Wolters Kluwer, p.5); o mesmo A. aventa a hipótese de o n.º3 do artigo 4.º, conjugado com o artigo 6.º, n.º 1, permitir que haja recurso à gestação de substituição por uma mulher sozinha infértil em derrogação do artigo 8.º, n.º3. O Decreto Regulamentar n.º6/2016, de 29 de Dezembro, veio, entretanto, esclarecer que o sentido do alargamento, nos termos do artigo 4.º, n.º3, da Lei n.º 32/2006, é o de conceder privilégio à técnica de inseminação artificial em relação a outras técnicas possíveis de PMA, nos termos do seu artigo 5.º, n.º1. Ora, tal decorre por um lado da deficiente redação do n.º2 do artigo 4.º pois o recurso às técnicas de PMA é necessário frequentemente para casais que, sendo férteis, não conseguem, depois de inúmeras tentativas, procriar: bastaria então alargar as situações de subsidiariedade previstas no n.º2 do artigo 4.º. Mas parece claro que é mais do que isso: na verdade, ao alargar o âmbito dos beneficiários a todas as mulheres, inclusivamente as que não têm parceiro, nos termos do artigo 6.º n.º1, o legislador não poderia limitar o acesso às técnicas de PMA às situações de infertilidade e afins pois as mulheres sozinhas podem ser férteis e não padecerem de qualquer doença grave e/ou transmissível mas, por não terem parceiro, necessitarem de recorrer às técnicas de PMA para poderem ter filhos. No entanto, as mulheres sozinhas inférteis não poderão recorrer à gestação de substituição, mesmo que estejam nas condições previstas no artigo 8.º, n.º2, uma vez que a criança seria gerada sem qualquer vínculo biológico com a beneficiária. Permanece então a dúvida sobre o carácter subsidiário das técnicas de PMA: a ausência de parceiro é equivalente à incapacidade para procriar? Ou, nestes casos, o recurso à PMA é uma forma alternativa de procriar somente acessível às mulheres sozinhas? E, no caso de um casal de mulheres, uma delas tem de ser fértil e contribuir com os seus ovócitos? E uma vez que uma mulher sozinha, seja ela fértil ou não, pode utilizar as técnicas de PMA sendo que, no segundo caso, a criança não terá qualquer ligação genética com a mãe, porque não será possível a gestação de substituição, nas mesmas condições? E, se assim for, porque não podem os homens sozinhos ou em casal, recorrer à gestação de substituição?

Sabendo-se, intuitivamente e por demonstração empírica evidenciada pelo mero acesso à informação em rede, que é uma prática crescente, há, no entanto, dificuldades em obter dados e números fiáveis que, à escala global, mensurem a real dimensão do fenómeno⁶. E isto por várias razões: haverá casos em que não houve sequer recurso à PMA e que ficam no sigilo das partes directamente envolvidas; sendo omissa a regulamentação da PMA e/ou da gestação de substituição, não há qualquer obrigatoriedade em registar a sua utilização neste particular âmbito; a gestação de substituição é muitas vezes proibida e criminalmente sancionada tornando-se por isso “clandestina” e necessariamente invisível.

Ainda assim, esta invisibilidade vem a revelar-se, e muitas vezes assim sucede, porque os casos chegam ao tribunal ou às autoridades de registo do estado civil, normalmente discutindo-se o estabelecimento da filiação da criança gerada e os seus efeitos (aquisição da nacionalidade, obtenção de passaporte, por exemplo) e questionando-se a lei aplicável e/ou o reconhecimento das situações criadas no estrangeiro. Vale por isso a pena olharmos para as experiências dos direitos estrangeiros.

Não são muitos os Estados que autorizam e regulam a gestação de substituição, neste sentido lato que adoptámos: na União Europeia, para além de Portugal, somente a Grécia e o Reino Unido legislaram sobre esta matéria e com soluções bastante diversas.

No Reino Unido, a gestação de substituição terá de ser gratuita e levada a cabo por instituições não lucrativas; pode ser utilizada por casais do mesmo sexo ou de sexo diferente mas não por um homem ou uma mulher sozinhos; é necessário não só o consentimento da gestante como do seu marido e a filiação não ficará estabelecida em relação à mãe de intenção embora esta, juntamente com o seu marido/companheiro, possam requerer a atribuição das responsabilidades parentais a seu favor mediante uma *parental order* interposta após o nascimento da criança e se a tiverem ao seu cuidado.

Na Grécia também é apenas permitida a gestação de substituição como método subsidiário e gratuito; é puramente gestacional, não podendo haver ligação biológica entre a gestante e a criança e não sendo sequer necessário que haja uma ligação biológica entre qualquer dos pais de intenção e a criança, sendo os doadores obrigatoriamente anónimos. A gestação de substituição deverá ser pré-autorizada por uma decisão judicial de verificação do cumprimento dos pressupostos legais; no entanto, após esta autorização, o estabelecimento da filiação ficará decidido em favor dos pais de intenção, com efeitos a partir do nascimento da criança. A gestação de substituição só é permitida a casal heterossexual ou a mulheres sozinhas. É de assinalar que a gestação de substituição só será acessível, nos termos legais, a cidadãos residentes habitualmente na Grécia (quer a gestante quer os pais de intenção), o que desmotivará o “turismo procriativo”. A violação deste quadro legal constituirá crime e os intervenientes serão civilmente responsáveis.

Nos demais Estados-Membros, a gestação de substituição é, ora proibida (França, Itália, Espanha, Áustria (pelo menos a doação de ovócitos), Bulgária, Finlândia (pelo menos usando técnicas de PMA), Alemanha e Malta, ora não regulada e, em certos casos, facilitada, nomeadamente através de licenciamento de clínicas especializadas, ainda que o

⁶ Cfr. os dados e relatórios em L. BRUNET ET AL., European Parliament (ed), *A Comparative Study on the regime of surrogacy in EU Member States*, 2013.

estabelecimento da filiação tenha de ser feito apenas através de um processo de adopção (Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Países Baixos, Suécia).

Fora da União Europeia, a gestação de substituição é permitida em Israel (em favor somente de nacionais e da mesma religião), na Índia (onde, desde 2015 deixou de ser legal a gestação de substituição onerosa, como era até aí), nalguns Estados dos EUA, nomeadamente a Califórnia e o Illinois, nalgumas províncias da Austrália, na Rússia, na Geórgia, na Ucrânia, no Irão, na Tailândia.

Na África do Sul é também permitida e regulada, em termos algo semelhantes ao ordenamento grego mas alargada à procriação de substituição tradicional, i.e, em que a gestante é a mãe biológica e havendo inseminação artificial, sendo igualmente obrigatório que pelo menos um dos comitentes seja progenitor genético; está acessível a casais do mesmo sexo, de sexo diferente e pessoas sozinhas, é subsidiária — considerando-se que a homossexualidade se traduz numa infertilidade ou, pelo menos, numa incapacidade ampla de procriar — e a pré-autorização concede ao tribunal alguma discricionariedade uma vez que poderá inquirir e avaliar das motivações dos requerentes; na África do Sul, a gestante que é também mãe genética pode revogar o consentimento até 60 dias após o nascimento; também na África do Sul, por regra, não será acessível a gestação de substituição a residentes habitualmente no estrangeiro salvo autorização judicial em relação à gestante que aí pode residir.

3. O reconhecimento em Portugal de actos públicos estrangeiros relativos a filiações constituídas no estrangeiro com recurso à gestação de substituição

O reconhecimento de actos públicos estrangeiros de estabelecimento de filiação materna e/ou paterna, em especial quando relativos a cidadãos portugueses, pode ocorrer em duas situações diferentes: ou se trata de uma decisão judicial estrangeira, *maxime* de uma sentença estrangeira, ou da transcrição no Registo Civil português do registo de nascimento ocorrido no estrangeiro e respectiva filiação.

No contexto de uma gestação de substituição, tratar-se-á, vulgarmente, de uma hipótese em que os “pais de intenção” portugueses celebram um contrato de gestação com uma cidadã estrangeira ou que reside no estrangeiro, recorrendo a técnicas de PMA, e beneficiando do regime jurídico vigente no país onde a criança nascerá e no qual se promoverá o estabelecimento da filiação em favor dos primeiros. Subsequentemente, os pais regressam a Portugal e querem ver reconhecida a sua paternidade e/ou maternidade tal qual foi estabelecida no estrangeiro.

No primeiro caso, o registo da decisão judicial referente ao estado civil dos portugueses (artigo 7.º, n.º1, do Código de Registo Civil) passa pela revisão e confirmação de sentença estrangeira (artigo 978.º e ss do Código de Processo Civil), a qual, nos termos do artigo 980.º, f), do Código de Processo Civil, não poderá ser contrária à ordem pública internacional do Estado português (artigo 22.º do Código Civil). Tratando-se de cidadãos portugueses, há ainda a possibilidade de impugnação da revisão e confirmação se e quando, nos termos do artigo 983, n.º2, do Código de Processo Civil, a decisão, por aplicação da lei portuguesa competente nos termos das regras de conflitos portuguesas,

lhes fosse mais favorável; neste caso, haverá então que determinar a lei aplicável à filiação nos termos em que veremos *infra*.

Já a transcrição no Registo Civil português de registo de nascimento e correspondente filiação, ocorrido no estrangeiro, nos termos do artigo 6.º do Código de Registo Civil, e a consequente atribuição, pelo direito português, ao acto de registo estrangeiro dos efeitos jurídicos que aí produziu, será possível se o registo foi promovido pelas autoridades estrangeiras competentes, nos termos dessa lei e não tendo havido violação da reserva de ordem pública internacional do Estado português (artigo 22.º do Código Civil). Não está, no entanto, completamente descartada a necessidade de também nesta modalidade se convocarem as regras de conflitos e a determinação da lei aplicável: bastará, para isso, que a filiação registada, mesmo que tenha sido afastada a violação da ordem pública internacional, seja impugnada judicialmente. Daí que, e sem prejuízo do tratamento que faremos do problema da ordem pública internacional neste contexto, muito debatida na jurisprudência e doutrina estrangeiras e nas mais recentes decisões das instâncias jurisdicionais internacionais, e que hoje, em face das alterações da Lei 32/2006, ganha contornos diversos, é essencial dilucidarmos o problema estritamente conflitual.

4. A lei aplicável ao estabelecimento da filiação e a gestação de substituição

A determinação da lei aplicável ao estabelecimento da filiação decorre da aplicação do artigo 56.º do Código Civil⁷. Nos termos do n.º1 do artigo 56.º “à constituição da filiação aplica-se a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação” e a lei pessoal é, por sua vez, e nos termos do artigo 31.º, n.º1, a da nacionalidade do indivíduo.

Em relação ao pai, será então convocada a lei nacional do pai biológico ou, nos casos em que houve recurso a PMA heteróloga, do beneficiário que consentiu (artigo 10.º, n.º2, artigo 14.º, artigo 20.º, n.º1, e artigo 21.º todos da Lei 32/2006).

Em relação à mãe, e no específico contexto da maternidade/gestação de substituição, a doutrina portuguesa não tem dado resposta unânime à questão.

A redacção da norma, já na versão actualizada de 1977, ocorreu numa época em que o princípio biológico constituía o primado no estabelecimento das relações de filiação jurídica sendo, no entanto, inequívoco que havia coincidência entre a gestante e a mãe genética. Hoje já não é assim, e mesmo antes das alterações à Lei n.º32/2006, a eventualidade, fruto das técnicas de PMA, de haver dissociação entre as “autoras” dos dois

⁷ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “O estabelecimento da filiação e a adopção em Direito Internacional Privado” in F.PEREIRA COELHO e G.OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, V.II. Direito da Filiação, Tomo I., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 316 e ss, e “O estabelecimento da filiação em Direito Internacional Privado português” in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 372-334, NUNO ASCENSÃO SILVA, “O estabelecimento da filiação no Direito Internacional privado português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, Coimbra, 1993, pp. 647-698, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ª ed., 1992, pp. 422 e ss., LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II. Direito de Conflitos. Parte Especial, 4ªed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 669 e ss.

“factos biológicos” relevantes — o parto e o ovócito — já era uma realidade, sem prejuízo de, nessa altura, a lei dar primazia e relevância jurídica ao primeiro, não permitindo a gestação de substituição e determinando a maternidade da mãe gestante (artigo 1796.º do Código Civil e artigo 8.º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, na versão anterior à da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto).

Apoiando-se no critério legal, à época, de maternidade oferecido pela anterior redação da Lei 32/2006, de 26 de Julho, Dário Moura Vicente⁸ entende que a maternidade deve ser apreciada pela lei pessoal da gestante. Ora, segundo este critério, e atendendo a que neste momento a mã(s)e legal(is) ser(ão) antes a(s) mãe(s) de intenção (as beneficiárias), a lei aplicável passaria a ser a leis desta(s), podendo ser leis distintas.

Por seu turno, Luís de Lima Pinheiro⁹ defende a aplicação das duas leis aqui em presença — a lei pessoal da gestante e a lei pessoal da beneficiária ou, como seria designada, a “mãe de intenção” — uma vez que entende que o critério da determinação da filiação jurídica, no direito português, é o biológico, e parte do princípio que a “mãe de intenção” é simultaneamente a mãe genética. Se ambas as leis (à época necessariamente estrangeiras), coincidirem na solução de atribuir à segunda a maternidade, ela fica estabelecida; caso contrário, dever-se-á preferir a solução da lei que respeite o superior interesse da criança e, tratando-se de criança que tenha sido gerada no estrangeiro com material genético de pais portugueses, com o consentimento da gestante, e tenha sido trazida para Portugal, a da lei pessoal da gestante porque facilita a atribuição da maternidade à mãe genética. Esta solução não tem, hoje, no entanto, fundamento legal que o A. lhe pretendeu atribuir, uma vez que nos termos da Lei n.º 32/2006, na sua versão actual, é possível haver recurso à gestação de substituição sem que a maternidade genética seja, sequer, conhecida, se resultar da doação de ovócito de terceira pessoa e o casal, heterossexual, beneficiário, contribua com gâmetas masculinos: neste caso, a maternidade fica estabelecida em relação aos beneficiários e nem a gestante nem a doadora podem ser tidas como mães (artigo 8.º, n.ºs 3 e 7 e artigo 10., n.º2, da Lei n.º 32/2006), logo, o princípio da filiação materna biológica coincidente com a legal, como critério para a interpretação da solução conflitual, cai pela base.

Por outro lado, Nuno Ascensão Silva e Geraldo Rocha Ribeiro¹⁰ defendem a aplicação cumulativa de leis, de cunho limitado, i.e a aplicação da lei pessoal da beneficiária ou “mãe de intenção” subordinada ou condicionada à validade e eficácia da renúncia à maternidade pela gestante, nos termos da lei pessoal desta, por analogia com o preceituado no artigo 60.º, n.º4, do Código Civil para a adopção ou no artigo 61.º do Código Civil. Na verdade, ainda que esta solução não seja a ideal, não excluindo situações claudicantes, pelo menos não produzirá o resultado, provável, de, aplicando-se somente a lei pessoal da gestante e sendo válida, nos termos desta, a renúncia à maternidade, não ser possível atribuir essa maternidade a outra pessoa, designadamente à mulher que com ela contraiu a gestação; e mesmo que a lei pessoal da gestante considere que estão preenchidos os

⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, p. 622.

⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, pp. 672 e 673.

¹⁰ NUNO ASCENSÃO SILVA E GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A maternidade de substituição e o direito internacional privado português”, pp. 48 a 50.

requisitos para atribuição da filiação a outra pessoa, a lei pessoal desta ou a lei do destino da criança após o nascimento, quando diferente, poderá não a reconhecer como mãe.

A determinação da lei aplicável à constituição da filiação, em especial da maternidade decorrente da celebração de um contrato de gestação de substituição, vai, como já referimos, surgir quer num contexto de impugnação da filiação registada por transcrição do acto de registo estrangeiro, quer por impugnação da decisão de revisão e confirmação de sentença estrangeira que estabeleça a mesma filiação quer ainda, e eventualmente, numa acção judicial de reconhecimento de maternidade ou impugnação de maternidade que contenha elementos de estraneidade, assegurada que esteja a competência dos tribunais portugueses.

Hoje será também provável uma outra situação em que teremos de convocar o direito aplicável: nas situações em que seja pedido o registo em Portugal de nascimentos ocorridos em território português, obrigatório nos termos dos artigos 1.º, n.º1, a), e n.º2, artigo 2.º e artigo 69.º, n.º1, a), todos do Código de Registo Civil, mesmo que os progenitores sejam estrangeiros. Neste caso, pode suceder que, por aplicação do artigo 56.º, a lei pessoal da beneficiária apenas considere a gestação e o parto como o único critério legal de estabelecimento da maternidade, não tendo a beneficiária, especialmente se também não for “mãe genética”, como mãe jurídica. A Lei n.º 32/2006, ao contrário, como vimos, de outras legislações permissivas da gestação de substituição não determina que o acesso esteja restrito a cidadãos nacionais ou residentes em Portugal. E o Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro, também nada refere sobre a questão.

Portugal será então um destino para o “turismo procriativo”¹¹ e colocando-se a nova questão de saber se a ordem pública internacional pode ser invocada em sentido inverso, i.e, se a lei reguladora da filiação for a lei estrangeira mais restritiva, poderão as Conservatórias de Registo Civil afastar a lei estrangeira aplicável? Da mesma forma que o fizeram para os casamentos do mesmo sexo?¹²

É o que veremos nos próximos capítulos.

5. A ordem pública internacional. Novos e velhos problemas

5.1. *Delimitação das situações plurilocalizadas em que é invocada a reserva de ordem pública internacional no contexto de uma gestação de substituição*

A invocação da reserva de ordem pública internacional, como forma de os Estados que não permitem ou reconhecem a gestação de substituição, não atribuírem a maternidade a outrem que não a gestante, é a mais comum.

Em Portugal, até às alterações ocorridas em 22 de Agosto por mão da Lei 25/2016, designadamente ao artigo 8.º da Lei 32/2006, de 26 de julho que regula a PMA, esta

¹¹ Como sublinha ANTONIO VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución se permite en Portugal”, p. 11.

¹² Em sentido crítico, cfr. HELENA MOTA, “A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de Julho, do Presidente do Instituto dos Registo e Notariado” in *Estudos em homenagem a Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 261-284 e ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, “Celebração de casamentos homossexuais por estrangeiros em Portugal — uma singularidade portuguesa”, in *Lex Familiae*, 7/13 (2010), pp. 33-55.

figura poderia ser também convocada em várias situações como as que aqui descrevemos e fundamentar quer a recusa de transcrição do registo de estabelecimento de filiação promovido no estrangeiro¹³, quer a recusa de revisão e confirmação de sentença estrangeira, quer, no âmbito de uma acção de impugnação de maternidade registada, a não aplicação da lei estrangeira eventualmente favorável ao estabelecimento da maternidade em favor da mãe de intenção em vez da gestante.

Fruto das alterações legislativas entretanto ocorridas, a ocorrência deste tipo de situações será menos provável uma vez que os portugueses que desejam ter um filho por recurso à gestação de substituição poderão fazê-lo nos termos previstos pela lei portuguesa.

No entanto, atendendo aos limites e condições impostos pela lei portuguesa, a deslocação ao estrangeiro com este objectivo pode revelar-se ainda útil em muitas situações: basta pensar no caso de homem ou de um casal de homens, português, que viaja para a Ucrânia e contrata com uma cidadã desse país a gestação e aí obtém o registo de nascimento e competente estabelecimento da filiação (paternidade, singular ou dupla) em seu favor, uma vez que esta possibilidade lhe está vedada pela lei portuguesa (artigo 6.º da Lei n.º 32/2006); ou então, no casal de sexo diferente, português, ambos inférteis e incapazes de estabelecer um vínculo biológico com uma criança que não podendo, à luz da lei portuguesa (artigo 8.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006), recorrer à gestação de substituição procedem do mesmo modo.

Em todos estes casos e noutros que se situem fora dos limites impostos pela lei portuguesa, a possibilidade de, independentemente da lei aplicável (*in casu*, a portuguesa), promoverem a transcrição do registo de nascimento e filiação ocorrido em país estrangeiro no Registo civil português e assim darem como constituída uma situação que não seria, de outro modo, válida — nomeadamente se se tratasse de uma situação interna — não deixa, ontem quando se proibia, e hoje quando se regula, de chocar o sentimento ético-jurídico da comunidade.

A evidente desigualdade de tratamento das situações internas em face das situações internacionais em que o estabelecimento da filiação fica determinado por força, não da lei competente, mas pelo reconhecimento de um acto público estrangeiro, seja uma decisão judicial seja um acto de registo, sendo óbvia a intenção (e as possibilidades, nomeadamente financeiras) das partes em deslocarem-se a outros ordenamentos com vista a contornar

¹³ Cfr. O Parecer emitido pelo Conselho Técnico do IRN, de 23 de Março de 2012 (Proc. Código Civil 96/2010 SJC *in* [http://www.irn.mj.pt/IRN//sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2010/p-c-c-96-2010-sjc/downloadFile/file/Código Civil96-2010.pdf?nocache=1336048963.7](http://www.irn.mj.pt/IRN//sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2010/p-c-c-96-2010-sjc/downloadFile/file/Código%20Civil96-2010.pdf?nocache=1336048963.7)) relativo a um pedido de esclarecimento feito pela Direcção de Serviços de Administração e Protecção Consulares ao IRN sobre “os poderes e deveres dos funcionários a quem estejam cometidas funções de registo no estrangeiro”. Neste caso, pretendia-se efectuar directamente o registo da filiação, por inscrição no Registo Civil português através dos serviços consulares no estrangeiro e não somente transcrever um registo de filiação já efectuado e promovido pelas autoridades estrangeiras competentes. Mas, também aqui se considerou que a lei estrangeira competente, a lei do lugar da celebração do contrato (foram referidos os artigos 41.º e 42.º do Código Civil...), violava a ordem pública internacional do Estado português e a filiação materna não poderia ser considerada em favor de pessoa diferente da gestante (no caso, de identidade desconhecida).

aquilo que a *lex patriae* não lhes permite, não pode ser tolerada sem uma justificação capaz. E, de facto, em face deste reconhecimento, potenciado por sistemas jurídicos que não acautelam a necessária ligação com o foro como a residência habitual dos beneficiários em território nacional (ao contrário, como vimos, da Grécia e da África do Sul), nem a invocação da fraude à lei terá relevância uma vez que não há, em rigor, qualquer manipulação fraudulenta do elemento de conexão nos termos do artigo 21.º do Código Civil.

A salvaguarda da reserva de ordem pública internacional serviria aqui, ontem como hoje, de árbitro e instrumento dissuasor, provavelmente agora com mais intensidade, num momento em que o legislador português disse claramente o que queria e o que não queria em matéria de gestação de substituição; disse o que era admissível e o que permanecia intolerável; definiu, assim, o núcleo intangível dos valores jurídicos fundamentais do Estado; numa palavra, terá contribuído para a densificação da ordem pública internacional nesta matéria.

Vale por isso a pena debruçarmo-nos sobre esta figura, os seus pressupostos de aplicação e a experiência estrangeira, especialmente jurisprudencial, na invocação da figura.

5.2. A reserva de ordem pública internacional: caracterização e pressupostos de aplicação

O ordenamento jurídico português prevê, como a generalidade dos ordenamentos que regulam as relações privadas internacionais por recurso a regras de conflitos bilaterais, uma cláusula geral de reserva de ordem pública. Diz o artigo 22º, n.º1, do Código Civil que “não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português”. E acrescenta o n.º2 da mesma norma que “são aplicáveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português”.

A noção de ordem pública internacional a que a regra do direito português se refere é de índole aposteriorística¹⁴, e um limite excepcional à aplicação da lei estrangeira

¹⁴ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ª ed., 1992, p. 257, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 407, ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, *Lições de Direito Internacional Privado*, II, Lisboa, AAFDL, 1959, pp. 418-422, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado. Sumários*, Lisboa, AAFDL, 1987, pp. 184-6, entre outros. Para RUI MOURA RAMOS (« L'ordre public international en droit portugais », *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 250 (n.12), o carácter aposteriorístico da ordem pública internacional no direito português resulta claramente do n.º2 do artigo 22º que recorre de forma subsidiária à lei do foro, preferindo que a solução para a violação da ordem pública internacional pelo direito estrangeiro seja encontrada (ainda) nos quadros da lei estrangeira, assim respeitando o princípio da igualdade entre a lei estrangeira e a lei do foro. O conceito aposteriorístico, na expressão de BAPTISTA MACHADO, da ordem pública internacional como limite, excepção ou reserva à aplicação do direito estrangeiro é comumente atribuído a SAVIGNY, embora também se defenda a sua filiação em BARTIN (para mais pormenores, cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de Uma Teoria Geral*, Coimbra, Almedina, I vol., pp. 172-3).

competente¹⁵. A sua vindicação, pelas partes, e a sua utilização, pelo órgão de aplicação do direito, só são possíveis uma vez determinada a lei estrangeira aplicável à situação controvertida, quer por via das regras de conflitos, quer pelo simples reconhecimento de actos públicos estrangeiros, e resulta de um juízo de desconformidade dessa lei ou dos efeitos desse acto em face dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português.

A dissemelhança entre as soluções jurídico-materiais estrangeiras e as do direito pátrio não é, assim, razão suficiente para negar ou travar a sua aplicação por via da ordem pública internacional, devendo-se restringir a sua invocação perante a eventual contradição daquelas com o reduto de valores fundamentais à organização e compreensão do Estado do foro, o que determina, logo à partida, a sua distinção em face da sua parente mais próxima, a ordem pública interna. Esta estende-se, por um lado, a todas as normas imperativas do ordenamento jurídico que não podem, por isso, serem afastadas pela expressão da vontade das partes, mas, por outro, fica limitada, na sua aplicação, às relações internas ou às relações internacionais que sejam, por força do sistema conflitual, reguladas pelo direito interno do foro. A sua invocação não obedece àquele juízo comparativo entre as normas do direito estrangeiro com as do direito pátrio; nem o seu conteúdo tem de ser mimetizado pela ordem pública internacional: pelo contrário, esta terá um âmbito muito mais reduzido, precisamente porque intervém apenas se e quando a aplicação do direito estrangeiro ou a produção de efeitos constituídos à luz desse direito, dissemelhante, contrarie de forma insuportável os valores e interesses fundamentais do Estado do foro.^{16 17}

Daqui resulta claramente que a grande dificuldade reside na fixação de um critério para traduzir ou estabelecer o limite da intervenção da ordem pública internacional:

¹⁵ Uma outra perspectiva da ordem pública internacional, de índole apriorística, mais uma vez da expressão de BAPTISTA MACHADO, seria detectada na aplicação de normas materiais do foro que, por si mesmas, excluem a aplicação do direito estrangeiro porque são territoriais, de garantia social, salvaguardam interesses organizativos — políticos, sociais e económicos — do Estado e identificam-se com as normas de aplicação imediata e com as *lois police*. Esta concepção é geralmente atribuída a MANCICNI E PILLET (assim, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, p. 407 e ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*, p. 173, n.599).

¹⁶ Nesta distinção entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional, BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado...*, pp. 255-257, aponta os seus traços comuns — são cláusulas gerais cuja concretização cabe ao órgão de aplicação de direito segundo um critério de imperatividade de determinadas normas em razão da sua importância fundamental para a organização económica, integridade dos indivíduos, organização da família, em suma satisfazem o interesse geral da comunidade — e delimita-as claramente ao esclarecer que a ordem pública internacional só intervirá nas relações internacionais reguladas por uma lei estrangeira quando esta, para além de contrariar o sentido da ordem pública interna o faz de modo “intolerável” e que coloca em causa, de forma “flagrante”, os princípios fundamentais dessa ordem jurídica.

¹⁷ RUI MOURA RAMOS (“L’ordre public international en droit portugais”, p.246) diz que a noção da ordem pública internacional, no direito português, é meramente funcional porque a defesa das concepções fundamentais que servem de base ao sistema material do foro deve-se acomodar à promoção dos valores próprios do Direito Internacional Privado que exigem a coordenação e coexistência de vários sistemas jurídicos.

quais normas, de entre aquelas que traduzem, no plano interno, a ordem pública, são normas invioláveis e insusceptíveis de serem contrariadas pela lei estrangeira aplicável? Teremos sempre de apelar ao critério singular e pontual do julgador que decidirá se a aplicação do direito estrangeiro (ou os resultados dessa aplicação) resulta intolerável para a ordem jurídica do foro porque contraria as mais elementares regras de organização económica e política e os valores ético-religiosos partilhados pela comunidade.

Mas, se não é fácil a densificação do conceito, será possível delimitar territorial e temporalmente a sua aplicação. Nas coordenadas em que se move o Direito de Conflitos, é possível distinguir entre as situações plurilocalizadas que são reguladas pela lei estrangeira mas que não manifestam com a lei do foro uma conexão significativa, das demais. De facto, a lei do foro pode apresentar-se apenas *qua tale* ou estar ligada à hipótese por um elemento de conexão que, do ponto de vista da questão jurídica a regular, é irrelevante. Esta exigência da ligação expressiva com o foro, a *Inlandsbeziehung*, consagra a ideia de uma justiça relativa, isto é, uma justiça que pode mudar de paradigma em função das circunstâncias de tempo e lugar em que é aplicada. Para que a aplicação da lei estrangeira no foro resulte intolerável é necessário que de alguma forma ela belisque de forma real e impressiva os interesses, direitos e situação jurídica das pessoas ou das instituições concretas. Não poderá ser indiferente à comunidade o resultado da aplicação daquela lei; de alguma forma, ela terá incomodado o sentimento jurídico vigente e, por isso, torna-se evidente para o julgador que é imperioso e urgente expurgar o “corpo estranho poluente”.¹⁸ E essa decisão é tomada naquele momento, em face daquelas circunstâncias, e poderá não mais se repetir: por isso, para além do nexos espacial e da ligação objectiva com o foro¹⁹, são também caras à figura da ordem pública internacional as características da actualidade (a avaliação da contrariedade ao sentimento ético-jurídico da comunidade deve ser feito no momento da decisão), nacionalidade (salvas as situações em que estejam em causa valores universais, é à luz do direito do foro e dos seus valores fundamentais que se avalia a sua aplicação), e incompatibilidade concreta, isto é, a análise não da norma estrangeira em abstracto mas o resultado da sua aplicação no caso concreto.

¹⁸ BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, p.263: “em virtude de se poder vir a criar uma situação jurídica que, como corpo estranho e inassimilável, ficaria a “poluir” o dito ordenamento do foro...”.

¹⁹ O critério da “proximidade dos interesses a regular com a ordem jurídica do foro, mesmo nas situações a constituir” é também referido no Ac. RE de 28.10.1993 argumentando, *ex abundantia*, que no caso, mesmo que se defendesse que a violação do direito dos filhos à legítima ofendia a ordem pública internacional do Estado português, ainda assim, numa hipótese como a apreciada em que os requerentes (filhos) são de nacionalidade britânica e residem em Inglaterra, a requerida e o *de cujus* são ambos de nacionalidade britânica e Portugal é apenas a *lex rei sitae*, o nexos da situação é tão débil com a ordem jurídica portuguesa que “não justifica de modo algum a intervenção da ordem pública internacional do Estado do foro, *in casu* a de Portugal”.

5.3. A posição da doutrina portuguesa em face da ordem pública internacional no âmbito da gestão de substituição

No caso concreto da gestão de substituição, a invocação da ordem pública internacional tem sido recorrente atendendo à diversidade, como vimos, de soluções encontradas pelos vários ordenamentos jurídicos e à possibilidade de as partes se colocarem ao abrigo de legislações mais permissivas e, por via do estabelecimento, no seio desses ordenamentos, da filiação, apresentarem o “facto consumado” perante o Estado de origem exigindo o seu reconhecimento.

Ainda antes das recentes alterações da Lei n.º 32/2006, a doutrina portuguesa também não se mostrou totalmente unânime na apreciação desta questão: Dário Moura Vicente²⁰ entende que nos casos de mero reconhecimento dos actos públicos estrangeiros que estabeleceram a filiação em favor dos cidadãos portugueses, pais de intenção, não haverá razões para invocar, pelo menos em termos gerais e abstractos, a ordem pública internacional uma vez que “não está em causa nestas hipóteses permitir a constituição em Portugal de uma relação de filiação com base numa maternidade de substituição... mas tão-somente o de saber se essa relação, que já se encontra constituída no estrangeiro, onde produz os seus efeitos normais, pode também ser admitida a produzi-los em Portugal”, acrescentando que a recusa desses efeitos terá consequências mais gravosas do que a sua permissão, nomeadamente à luz do artigo 3.º, n.º1, da Convenção dos Direitos da Criança e mesmo a liberdade de circulação na União Europeia à luz do artigo 21.º do Tratado de Lisboa.

Também Luís de Lima Pinheiro²¹ não considera que haja *sempre* violação da ordem pública internacional nestes casos, à luz, igualmente, do artigo 3.º, n.º1, da Convenção dos Direitos da Criança e, mais concretamente, do direito da criança à sua identidade pessoal e ao respeito da sua vida privada consagrados nos artigos 26.º, n.º1, da Constituição da República Portuguesa e artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não havendo *certamente* se e quando a criança for trazida para Portugal pelos pais biológicos com o consentimento da “mãe-hospedeira”.

Por seu turno, Nuno Ascensão Silva e Geraldo Rocha Ribeiro colocam a questão noutros termos e refutam a ideia segundo a qual, ao nível do reconhecimento de actos públicos estrangeiros (de registo ou sentenças) e estando em causa não a constituição do vínculo propriamente dito (e com isso a questão de saber qual a lei competente para o determinar) mas tão-somente a atribuição de plenos efeitos a uma situação já constituída à luz de uma lei estrangeira, não seria de invocar a ordem pública internacional, tese defendida, entre nós, por Dário Moura Vicente. É isto porque, precisamente, o que se pretende é que o acto de registo em causa ou a decisão produza *plenos* efeitos em Portugal: “se é seguro que a nossa concepção de ordem pública impõe um juízo de censura quanto ao resultado de aplicação da norma estrangeira...esse mesmo juízo não deixará

²⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, p. 620.

²¹ Assim, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, p. 673.

de ser feito, tendo em conta a pretensão de determinado acto ou decisão procurar produzir plenos efeitos em Portugal”. Ou seja, não estamos aqui — como nas meras situações a reconhecer — perante aquelas hipóteses em que, face a uma situação constituída no estrangeiro, onde já produziu efeitos, se vem perante o foro pretender a produção de efeitos *laterais* ou reflexos (a prestação de alimentos ou a pensão de sobrevivência pedido pelos vários esposas do falecido no casamento poligâmico, por exemplo, ou, neste caso, a aquisição da nacionalidade e as obrigações alimentares mesmo não estando constituída a filiação)²²; o que se pretende agora é o estabelecimento da filiação propriamente dita.

Não obstante, os AA. entendem que a avaliação da ordem pública internacional, também neste contexto, não deixará de ser casuística e excepcional, justificando-se até, não obstante o critério legal de maternidade referido na anterior redação da Lei da PMA somente em favor da gestante, a validade do estabelecimento da filiação em relação à mãe de intenção que é *também* mãe biológica, se o recurso à gestação de substituição for comprovadamente subsidiário e terapêutico, e tiver carácter gratuito e for consentido pela gestante²³. Fora destes casos, o superior interesse da criança não poderá servir de justificação em *qualquer* caso para validar desse modo a gestação de substituição: a dignidade da pessoa humana, quer da criança quer da gestante, a não mercantilização do corpo (com apoio no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 1.º, n.º1, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina), e até a indisponibilidade do estado civil podem estar em risco e devem ser acautelados.

5.4. A ordem pública internacional e o novo regime jurídico da gestação de substituição: uma questão ultrapassada?

Como já avançámos, a questão da ordem pública internacional, no contexto actual do regime jurídico português da gestação de substituição, poder-se à colocar, nas mesmas situações já descritas, quando os interessados procurem um sistema mais permissivo do que o português e que lhes permita recorrer à gestação de substituição em situações não previstas (ou proibidas) pela lei portuguesa: se, por exemplo, o(s) pai(s) de intenção (é) são homens, se não há ligação biológica entre qualquer dos pais de intenção e a criança, se se pretende prescindir do consentimento da mulher gestante, se a gestação de substituição tem carácter oneroso.

Se no passado nos parecia ser impossível descartar, pelo menos, com carácter de generalidade, a intervenção da ordem pública internacional, parece-nos que em face dos novos dados normativos ainda será mais difícil. O legislador português traçou uma linha visível e clara entre os que permitia e o que refutava. É de realçar, neste sentido, o disposto no artigo 34.º e artigo 39.º da Lei n.º 32/2006 que sancionam criminalmente quem aplicar técnicas de PMA realizadas no âmbito da gestação de substituição fora dos centros autorizados e quem, enquanto beneficiário ou gestante de substituição, concretizar contratos de substituição gratuito fora dos limites e condições previstos nos n.ºs.

²² NUNO ASCENSÃO SILVA E GERALDO ROCHA RIBEIRO “A maternidade de substituição”, p. 65.

²³ NUNO ASCENSÃO SILVA E GERALDO ROCHA RIBEIRO, *idem*, p.61.

2.º a 6.º do artigo 8.º, sendo de assinalar que, na versão anterior da lei, tal sanção era privativa dos contratos onerosos, o que evidencia bem a posição firme do legislador em agora apenas admitir estas e só estas gestações de substituição.

O superior interesse da criança não pode ser visto de forma abstracta sem a ponderação do caso concreto e das suas circunstâncias, sob pena de constituir um critério apriorístico e dogmático que esquece as suas múltiplas dimensões e variantes e que transforma a criança numa espécie de “escudo humano” perante a qual os ordenamentos jurídicos se vêm impotentes para criar e aplicar quaisquer soluções jurídicas.

O superior interesse da criança pode ser simultaneamente o de estabelecer vínculos legais com os pais biológicos (não se permitindo por isso que se criem situações de completa omissão desses vínculos em relação aos pais de intenção), pode ser o de permanecer com os pais sociais ou de intenção (mas sempre, independentemente da convivência que já tenha sido estabelecida?) justificando-se antes um medida de confiança e posterior adopção²⁴, o de ter conhecimento sobre as suas origens e a sua identidade, inclusivamente sobre a mãe de gestação sabendo da implicações biológicas da própria gestação “não genética”. Foi a falta desta necessária avaliação concreta sobre qual é o superior interesse da criança e qual a dimensão em que ele se desdobra que está em risco no caso em apreciação, na decisão, em primeira instância, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em *Paradiso e Capanneli*²⁵, que motivou as críticas da doutrina e fez reverter a decisão na 2.ª instância.

²⁴ Neste sentido, cfr. MARTIN ENGEL, Cross-Border surrogacy: time for a Convention?” in KATHARINA BOELE-WOELKI E NINA DETHLOFF E WERNER GEPHART (EDS.), *Family Law and culture in Europe*, Intersentia, 2014, pp. 199-217. É de realçar, como faz SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Comentario a la Jurisprudencia de Derecho internacional privado (Auto TS (Sala de lo Civil, Pleno) de 2 de febrero de 2015”, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015-2(2015-31-Pr), que a possibilidade de adopção da criança nascida por maternidade de substituição no estrangeiro e trazida pelos pais de intenção para o Estado de origem onde seria recusada a transcrição do registo de nascimento ou o estabelecimento da filiação, foi já invocada pela jurisprudência mas em sentidos opostos: se em Espanha, uma vez possível o estabelecimento da filiação biológica paterna e a adopção por parte do outro membro do casal se justificou a recusa do pedido de registo da filiação em relação a este, na Alemanha, precisamente porque existem tais possibilidades (de adopção singular do filho biológico do outro membro do casal) não deve ser negado o vínculo de filiação directo, “adaptando-se” a situação (sobre esta decisão do Tribunal Federal Alemão, cfr. SUSANNE LILIAN GÖSSL, “The recognition of a “jugment of paternity” in a case of cross-border surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, Az.XII ZB 463/13”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Oct. 2015, vol. 7, n.º2, pp. 448-465.

²⁵ Cfr. SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Comentario al 2016/56. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Segunda, Sentencia de 27 enero 2015. TEDH 2015/17”, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016, pp. 1044-1048. No comentário, o autor questiona o sentido e o verdadeiro alcance desta decisão comparando-a com outras decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: os Acórdão de 26 de junho de 2014 (*Mennesson v. França* e *Labassée v. França*). Em todos os casos, o Tribunal ponderou a eventual violação do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem por parte dos Estados (Itália e França, respectivamente) ao negarem o reconhecimento e transcrição da filiação no registo de crianças geradas através do recurso à maternidade de substituição, mas fê-lo de formas distintas: nos casos “franceses” o Tribunal valorou não só a violação do direito ao respeito pela vida familiar de todos os intervenientes (filhos e putativos

Sem esquecer que, para além do “superior interesse da criança”, há outros direitos fundamentais que seriam colocados em causa fora dos limites da Lei n.º 32/2006 como os direitos à maternidade se a gestante é também a mãe genética, não esquecendo o carácter livremente derogável do seu consentimento.

Não por acaso, a doutrina espanhola²⁶ tem chamado a atenção para esta situação e para a necessidade de, no futuro regime jurídico a adoptar em Espanha relativamente à gestação de substituição não se olvidarem as *cross border situations*, estabelecendo regras precisas para o seu reconhecimento sob pena de, em face de decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, valorizando o interesse da criança uma vez já gerada e

país), considerando que a ingerência do Estado francês se justificava, nomeadamente com o fundamento da violação da ordem pública internacional; já quanto à violação do direito à vida privada do filho, em especial ao seu direito à identidade pessoal e jurídica, não havia justificação e a decisão do Estado francês violava efectivamente o art. 8.º da Convenção. Ora, diferentemente, no caso *Paradiso*, o Tribunal não estabeleceu esta distinção nem sequer aceitou o pedido dos pais em nome do filho, limitando-se a verificar se o direito à vida familiar e privada dos pais fora violada. Assim, o Tribunal admitindo que a decisão do Estado italiano era legal (porque prevista nas suas normas de Direito Internacional Privado), legítima (porque ponderada a hipótese de adopção e descartada pela não verificação das condições previstas) e até razoável, não era proporcionada atendendo à (já) sedimentação de uma vida familiar, constituindo a subtração da criança uma resposta extrema e que *in casu* não se justificava. O A. não concede, por estes motivos, à decisão *Paradiso* a “transcendência técnico-jurídica” que apresentam as decisões dos casos “franceses” uma vez que, ao contrário destas, não cuidou da questão de suma importância que é, sem dúvida, o direito à identidade do filho, em especial nos casos em que não é de todo possível assegurá-lo por outras vias — o direito francês não permitiria o estabelecimento da filiação biológica de um dos pais e posterior adopção pelo outro como é possível, por exemplo, no direito espanhol e esse argumento foi de resto esgrimido pelo Tribunal Supremo espanhol no Auto de 2 de Fevereiro de 2015 para reafirmar a sua doutrina de recusa de inscrição de filiação por recurso a maternidade de substituição feita no estrangeiro. Ou seja, o recurso à maternidade de substituição não seria, no caso *Paradiso* a chave da decisão mas um mero “ponto de partida”. No entanto, o A. concede que o caso *Paradiso* pode funcionar simbolicamente como mais um passo na impossibilidade de serem recusadas as inscrições de filiação estabelecida no estrangeiro por recurso à maternidade de substituição, mesmo que os Estados por via das suas normas de DIP, em especial o recurso à ordem pública internacional, o não admitissem. Dando também uma visão crítica sobre as implicações desta decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cfr. ORNELLA FERACI, “Maternità Surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo”, pp. 420-439, H.FULCHIRON e C.BIDAUD-GARON, “Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, 104 (1), janv.mars, 2015, pp. 1-43. Valorando positivamente as referidas decisões, cfr. A.L. CALVO CARAVACA e J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Mas allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, p. 112-113.

²⁶ Cfr., a título de exemplo, LORENZO ÀLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El futuro de la maternidad sub-rogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, in *Cuadernos de Derecho transnacional*, Oct. 2014, vol. 6, n.º2, pp. 5-49 (p. 48) e SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, in *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t.X, 2010, pp. 339-377 (p. 372).

registada a sua filiação, termos situações válidas quando praticadas no estrangeiro mas inválidas à luz da legislação nacional, mau grado a existência da lei, gerando situações de flagrante discriminação e injustiça.

Resta-nos um derradeiro problema: A e B, franceses, recorrem à gestação de substituição em Portugal sendo a gestante uma mulher portuguesa. Pretendem inscrever, como lhes compete, o nascimento e a filiação em Portugal; a lei francesa não permite a gestação de substituição e considera que a mãe é, em todos os casos, a gestante. *Quid iuris?* Parece que nestes casos, a invocação da ordem pública internacional não pode deixar de se pautar pelos requisitos gerais de funcionamento da figura e exigir que haja com o foro uma conexão relevante, nomeadamente a residência habitual em Portugal dos pais de intenção, para se poder afirmar que o registo é possível mau grado a solução contrária da lei estrangeira competente. Evidentemente que seria desejável que tais situações não ocorressem: aliás, o problema colocado pelas *cross border situations* seria quase sempre evitado se as diferentes legislações estabelecessem limites²⁷ não só às modalidades de gestação de substituição e seus pressupostos como também condições acerca do vínculo com o foro dos beneficiários de forma a não fomentar o turismo procriativo gerador de incertezas e de flagrantes injustiças.

Porto, 6 de Maio de 2017.

²⁷ Cfr. o trabalho de ROBERTO ANDORNO “Intercountry surrogacy and the best interest of the child” nesta publicação. O A. sublinha o dilema em que, nomeadamente, os Estados europeus se encontram em face das *cross-border situations* confrontados com o *fait accompli* e a incapacidade de fazer impor a sua legislação e a sua concepção de ordem pública atendendo ao superior interesse da criança, não sendo a resposta jurisprudencial *ex post* satisfatória e tornando-se urgente uma convenção internacional sobre esta matéria que estabeleça um *standard* mínimo que defenda não só o interesse da criança mas salvaguarde igualmente os direitos dos demais envolvidos, em especial as mulheres em situação de vulnerabilidade e risco de exploração. No mesmo sentido, cfr. ILARIA ANRÒ, “Surrogacy in the context of the Council of Europe and the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?”, in *GenIus*, ano III, n.º1, Julho 2016, pp. 22 a 42.

O (NOVO) REGIME DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA: POSSIBILIDADES E RESTRIÇÕES

THE (NEW PORTUGUESE) REGIME OF MEDICAL ASSISTED REPRODUCTION: NEW POSSIBILITIES AND CHALLENGES

Luísa Neto *

RESUMO

O artigo discute as técnicas de procriação medicamente assistida como forma (ainda) de exercício do direito à disposição sobre o próprio corpo. Faz-se a discussão do tema — *id est*, do respectivo regime e aplicação — no âmbito do direito português.

Palavras chave — LIBERDADE DE PROcriação, INSEMINAÇÃO, FERTILIZAÇÃO IN VITRO, ANONIMATO DO DADOR, GESTAÇÃO DE SUSBTITUIÇÃO

ABSTRACT

The article discusses techniques of medically assisted procreation as a form of exercising of the right to disposition about the body itself. The topic — *id est*, of the respective regime and application — is discussed in the context of the recent modifications in what concerns portuguese law.

KEY WORDS — PROCREATIVE FREEDOM, INSEMINATION, IN VITRO FERTILIZATION, DONOR ANONYMITY, SURROGATE MOTHERHOOD

SUMÁRIO: 1.A (liberdade de) procriação medicamente assistida no direito português. 2. Alteração do âmbito subjectivo e objectivo de aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida. 3. A adaptação das antigas respostas a novas questões. 4.A especificidade do termo a quo da personalidade jurídica

1. A (liberdade de) procriação medicamente assistida no Direito português¹

É inegável que a previsão da liberdade de procriação (tradicionalmente tratada com mais desenvolvimento na doutrina anglo-saxónica como *procreative freedom* e abrangendo a concepção, gestação e o acompanhamento da criança no seu processo de crescimento ou *childbearing*²) decorre de vários *indirizzos* constitucionais nacionais. Ou seja, decorre da Constituição, tendo em conta uma linha de interpretação objectivista³, mesmo

* lneto@direito.up.pt, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹ Opta-se nesta publicação por texto despojado de excessivas referências bibliográficas mas tratamento mais exaustivo e elementos orientadores complementares podem ser encontrados em LUÍSA NETO, *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, e LUÍSA NETO, *Novos Direitos*, Editorial UP, Porto, 2010, *passim*.

² Cada uma destas três componentes vale *de per se* e tem um valor signficante, independentemente de cada uma das outras, refere A. JOHN ROBERTSON, *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy and childbirth*, in *Virginia Law Review*, vol 69, 1983, n.º 3, p. 408.

³ No mesmo sentido depõem os Relatórios-Pareceres do Conselho Nacional de Ética — 3/

que sem extremos actualistas, que no quadro do “estado da arte médica” actual, se deve garantir o recurso à procriação medicamente assistida aos sujeitos que necessitem destes meios para cumprir os desideratos constitucionais de livre desenvolvimento da personalidade e de constituição de família⁴ e ainda de protecção da saúde⁵.

Mas importa ainda olhar para o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida como prolongamento e efectivação de um direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo, de fio condutor que permite unificar a consideração actos de disposição total e parcial, por exemplo no que respeita à consideração de disposição relativa a partes destacáveis, mormente no que se refere à susceptibilidade activa e passiva, de doação e recepção e de matéria corporal envolvida nas referidas técnicas.

A questão não deixa de convocar o âmbito de uma concepção lata de *vida privada*, expressão que como relembra Rivero passou da linguagem corrente para a linguagem jurídica e hoje impõe a ligação com a liberdade corporal que se define como a exclusão de toda a intervenção não consentida de terceiro na vida física do indivíduo⁶. Esta liberdade corporal da pessoa faz ainda relevar a consideração das limitativas intervenções do Estado fundadas na ordem pública e na saúde pública. Aqui, como noutros domínios, é a possibilidade de escolha que define a liberdade. Ora, as disposições que o Direito adopta para proteger essa vida privada exigem a destrição entre o tecnicamente possível e o humanamente desejável, numa ponderação que há-de romper o silêncio anódino dos laboratórios.

Ora, no que tange a este equilíbrio frágil, a procriação medicamente assistida corresponde a um palco de especial intensidade na discussão dos desafios sociais hodiernos.

CNE/93 — e do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida — 23/CNECV/97 — sobre reprodução medicamente assistida.

⁴ Em tal sentido depõe a alínea e) do n.º2 do artigo 67.º da Constituição portuguesa, que em matéria de protecção da família incumbe o Estado de “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. Não se deixe no entanto de esclarecer que alguns autores questionaram já se a admissão da inseminação artificial, por si mesma, estaria vedada pela própria Constituição, ao referir-se no artigo 36.º à legítima constituição de família. Esta perspectiva parece, no entanto, absolutamente indefensável.

⁵ Questão diversa — e que deve ser em absoluto autonomizada — é a da discussão do respectivo financiamento, mormente público.

⁶ Lembre-se aqui a contestação de uma paternidade não desejada, afirmada v.g. por JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido contra a sua Vontade, A igualdade na decisão de procriar*, FDUC, Centro de Direito da Família, n.º 28, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, obra que resultou de trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado do autor em Direitos Humanos. A análise pressupõe o entendimento do princípio da igualdade de género, tal como entendido no ordenamento jurídico português e nos instrumentos internacionais de direitos humanos, bem como na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, entendendo o autor que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar abrange tanto o direito de procriar como o de o não o fazer. O trabalho critica a justeza da imposição de uma parentalidade não desejada a partir da verdade biológica. Sobre a questão, nestes termos, da igualdade como concretização da dignidade, veja-se o Acórdão n.º 346/2015 do Tribunal Constitucional, que no entanto não fornece a final critério de decisão.

Se verdadeiramente, como alguns afirmam, datam de finais do século XVIII⁷ as notícias das primeiras experiências de procriação medicamente assistida com seres humanos, se se pode recordar que já em 1897 a Congregação do Santo Ofício de Roma a declarou como não lícita, se para outros o ano de 1969 pode ser considerado um ano chave por ter sido possível isolar um gene e torná-lo visível ao microscópio, se se podem distinguir métodos diferenciados e mesmo modalidades diferentes de inseminação artificial — com os problemas específicos que resultam da inseminação heteróloga —, há que partir do pressuposto de que falávamos, *id est*, de ser esta procriação medicamente assistida a única esperança para muitos, pelo que desde logo por essa razão se justificaria a evolução do ordenamento jurídico ordinário. No caso português — e apesar da aplicação de instrumentos de direito internacional, como desde logo a incontornável Convenção de Oviedo —, a omissão de previsão normativa específica só veio a ser colmatada com a aprovação da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

2. Alteração do âmbito subjectivo e objectivo de aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida

Percebe-se que a procriação medicamente assistida devesse começar por ser primordialmente garantida aos sujeitos para quem é a única forma de reprodução possível. E não àqueles, que podendo constituir família de outro modo, pretendam o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida com objectivos mais problemáticos, quer do ponto de vista médico quer do ponto de vista ético. Tratava-se enfim de concretizar — quanto ao escopo da constituição de família — o princípio da igualdade vertido no artigo 13.º da Constituição portuguesa. Como se sabe, é esta uma igualdade material, que implica tratar de forma desigual as situações que na sua base se apresentem como desiguais.

Assim, e quanto aos âmbitos subjectivo e objectivo de aplicação, nos termos originais, não só a primeira versão do artigo 6.º da lei de 2006 desenhava um conjunto de beneficiários restrito — que apenas poderia abranger pessoas casadas ou pessoas de sexo diferente a viver em condições análogas às dos conjugues⁸ —, como o artigo 4.º da mesma lei indicava as técnicas de procriação medicamente assistida como método subsidiário, e não alternativo, de procriação, sendo portanto que nos termos da lei, na sua versão originária, “ a utilização de técnicas de PMA só poderia verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.” Aliás, no plano ordinário, já nos termos do n.º2 do artigo 9.º da Lei n.º 3/84 — precursora incipiente da lei de 2006 —, se previa que o Estado aprofundasse o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade. Mas qual o conceito de esterilidade a adoptar? E o que dizer em caso de mero perigo ou previsibilidade futura de esterilidade ou de esterilidade que resulte de eventual mudança de sexo de um dos pretensos beneficiários?

⁷ Mais precisamente de 1785, com Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris.

⁸ A questão levantou problemas de congruência sistemática desde a aprovação da lei portuguesa que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo e que expressamente exceptiona a matéria da procriação medicamente assistida.

É neste contexto que devem ser equacionadas as modificações operadas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho⁹ e pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto¹⁰. De facto, enquanto a primeira alargou a possibilidade de recurso a técnicas de procriação medicamente assistida a todas as mulheres, também regulando pois a questão da doação heteróloga com consequências revistas quanto à parentalidade, a segunda das leis referidas veio permitir a gestação de substituição no ordenamento jurídico português.¹¹

A discussão destas alterações não pode também olvidar que o artigo 3.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, explicitava (e explicita) que a dignidade da pessoa humana é critério e limite da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida. Mas sa-

⁹ Esta lei foi depois objecto de regulamentação através do Decreto Regulamentar 6/2016, de 29 de dezembro.

¹⁰ Sobre os mesmos projectos veja-se o Parecer do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida de Março de 2012 e o Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição do CNECV, de Março de 2012 e, muito em especial, a lúcida e corajosa declaração de voto de Reis Novais. Veja-se ainda a Declaração Interpretativa do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, prolatada a 2 de Setembro de 2016 ao abrigo do n.º 1 do artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, enquanto Entidade Reguladora para o sector da PMA:

“a) A interpretação ética e socialmente mais acertada do estatuído no artigo 4.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, é a de que os três números desse comando legislativo valem como se neles estivesse escrito que *as técnicas de PMA são um método subsidiário e não alternativo de procriação que podem ser usadas por casais inférteis que preencham os requisitos previstos nos dois números do artigo 6.º e por todas as mulheres independentemente de um diagnóstico de infertilidade, do seu estado civil e da sua orientação sexual, podendo também sê-lo, em todas essas circunstâncias e sendo caso disso, como contributo para o tratamento de doença grave ou para a minimização do risco de transmissão de doenças de origem genética, infeciosa ou outras*;

b) A vontade legislativa (*mens legis*) consubstanciada nas disposições conjugadas dos n.ºs 7 e 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a redação que lhes foi dada pelo artigo 2.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, é a de que, *em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respectivos casais beneficiários*;

c) O estatuído nas disposições conjugadas do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, este com a redação que lhe foi dada pelo artigo 2º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e do n.º 4 do artigo 14.º daquele primeiro diploma, não afasta a aplicação do que se encontra previsto na alínea e) do n.º 1 do art.º 142.º do Código Penal, pelo que, *no que respeita à gestante, a sua declaração negocial manifestada no contrato de gestação de substituição, é livremente revogável até ao final das primeiras 10 semanas de gravidez, sendo que para os membros do casal beneficiário o mesmo acontece apenas até ao início dos procedimentos terapêuticos de PMA*;

d) A interpretação ética e socialmente mais acertada do estatuído no n.º 2 do artigo 24.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, é a de que *esse texto legal vale como se, em vez de “do casal”, nele estivesse escrito “da pessoa ou pessoas beneficiárias”, assim permitindo que as mulheres sem parceiro ou parceira e não apenas os casais heterossexuais e os formados por duas mulheres, independentemente do respetivo estado civil, tenham acesso a todas as técnicas de PMA previstas no actual n.º 1 do artigo 2º da Lei, incluindo a FIV, a ICSI, o DGPI e o rastreio genético de aneuploidias*”.

¹¹ Mais recentemente, a Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho, veio aditar um novo artigo 16.º-A que prevê o destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico, esclarecendo que os que sejam recolhidos e não sejam utilizados serão criopreservados por um prazo máximo de cinco anos.

bemos bem como o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser invocado como *conversation stopper* não nos dando afinal regra de decisão.¹² A questão estará em saber até que ponto a doação de células germinais ou a prestação de serviços corporais suportando por exemplo uma gravidez no interesse de outrem se cifra numa violação da integridade física que vai para além das faculdades de consentimento e autolimitação que são lícitas ao indivíduo, na sua dimensão de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana¹³, ou se estamos perante tempos de fertilidade programada, propagandeada por vários institutos de genética médica, mesmo entre nós.¹⁴

Ao invés da invocação anódina do “biologismo da moda”¹⁵, parece fulcral a exigência da gratuidade ainda que autores como CARNELUTTI ou LOJACONO tenham defendido que a compensação, tal como na doação de sangue, seria conforme a elementares exigências de justiça comutativa. Mas deve ser ainda salientado que nos antípodas das tradicionais questões levantadas pela contracepção — *v.g.* a controvertida admissibilidade da “pílula do dia seguinte” —, as técnicas de procriação medicamente assistida trazem consigo a possibilidade, senão de curar, ao menos de remediar um mal¹⁶ — quanto mais não seja o

¹² Em Agosto de 2000 a comunidade internacional congratulava-se com o nascimento de Adam, no Estado do Colorado, nos EUA. Feito nascer por decisão dos pais com o objectivo de propiciar a cura da irmã Molly, Adam resultou de uma selecção de células de embriões clonados a partir de células não doentes da sua irmã. Não obstante, continua a afirmar-se, cega e definitivamente, o princípio de que a pessoa é inviolável e o corpo humano inalienável. Sobre o assunto, veja-se a obra de CARMINE VENTIMIGLIA, *La filiazione tra simbolico e principio di realtà*, in Politica del Diritto, ano XIX, n.º 2, 88, p. 269 a 292, e de M.T. MEULDERS-KLEIN, *Le droit de disposer de soi même. Etendue et limites en droit comparé*, in Liceité en droit positif et références légales aux valeurs, X Journées d'Études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 220; e *Le corps humain et le droit (journées belges)*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXVI, 1975. Vejam-se ainda ANGELES LÓPEZ, *Presupuestos bioéticos y biojurídicos para una crítica a la ley española*, in O Direito, ano 121, vol. IV, 1989, pp. 701 a 709, e FERNANDO MONGE, *Persona humana y procreación artificial*, Madrid, Ed. Palabra, 1988.

¹³ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Bienes de la personalidad*, in Temas de derecho civil, Madrid, 1972 e J. DIEZ DIAS, *Derechos de la personalidad o bienes de la persona*, RGLJ, 1963, pp. 858 a 901.

¹⁴ Vejam-se HELENA PEREIRA DE MELO, *Alguns aspectos do estatuto jurídico do embrião gerado in vitro e não implantado*, Brotéria, 4, Vol. 149, Outubro de 1999; LINA PANELLA, *Diritti umani e procreazione artificiale*, Franco Angeli, Milano, 1990 e PAULA MARTINHO SILVA, *A procriação artificial: aspectos jurídicos*, Moraes, Lisboa, 1986.

¹⁵ Duras são as palavras de MILLÁN PUELLES — *Positivismo jurídico y dignidad humana*, em Nuestro tempo, 390 (1986), p. 77.- para quem justifica estas condutas amparando-se em que vão calando num sector da sociedade — “esse simples adorar os factos e deixar-se levar só pelo que está na moda, como a vela que crê que é livre porque pode mover-se em qualquer direcção, sendo assim que só se move no sentido em que o vento mais sopra. Isso não é liberdade mas veleidade, próprio das velas, isso é falta de categoria humana”.

¹⁶ Sobre a infertilidade como estado digno de tratamento veja-se MARY WARNOCK, *A question of Life*, The Warnock report in human fertilisation and embryology, 1985, p. 10.

da infertilidade —, mas não são isentas de problemas legais¹⁷ e éticos¹⁸, como demonstram desde logo, num plano exacerbado as mais díspares publicações sobre a clonagem.¹⁹

3.A adaptação das antigas respostas a novas questões

No que tange ao regime aplicável às técnicas referidas — e muito em especial desde as implicações da Lei n.º 17/2016 referida —, tem-se discutido se se deve manter que os novos métodos de procriação assistida se ancoram em possível paralelismo da doação de gâmetas masculinos ou femininos com a doação de sangue para efeitos de transfusão ou com o transplante de órgãos para doentes que deles necessitem para a sua saúde ou sobrevivência, apesar das reservas sobre tal equiparação, em virtude do carácter essencial dos primeiros.

Ainda neste quadro, a questão do consentimento — e da respectiva revogabilidade ou irrevogabilidade — e nomeadamente, e em abstracto, a do consentimento do cônjuge no caso da inseminação heteróloga, não deixa de ser *vaexata quaestio*, prenhe de implicações.²⁰ Não deixe de se recordar que a inseminação medicamente assistida, mesmo com esperma do marido, foi durante muito tempo considerada como injúria grave, causa de divórcio²¹. Segundo certos autores, a inseminação medicamente assistida, com esperma de dador terceiro, deveria ser equiparada a um autêntico adultério — ginecológico, no dizer de alguns autores —, cuja ilicitude não seria mesmo excluída pelo consentimento do marido.

Outra questão é a de saber se o dador do material genético pode ou não limitar a finalidade a que este há-de ser destinado, havendo quem doutrinariamente entendesse duvidosa a posição daqueles que sustentam que sempre que os gâmetas utilizados provenham de dadores estranhos ao casal bastará que se dê conhecimento e se ausculte o cônjuge, sendo dispensável o seu consentimento. Por outro lado, é necessário entender

¹⁷ Lembre-se que a prática de acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é tipificada criminalmente em Portugal.

¹⁸ N.J. MAZEN, *L'insémination artificielle: une ignorée par le législateur*, J.C.P., 1978, I, p. 289.

¹⁹ Entre nós, expressamente, em sede de trabalhos de revisão constitucional em 1997, foi afastada a hipótese, reiterando a revisão ter no renovado artigo 26.º a garantia da identidade ética do indivíduo. A esta conclusão se veio juntar a entrada em vigor, na ordem interna portuguesa, das normas da Convenção de Oviedo. Apenas exemplificativamente, enquanto abordagem não jurídica mas com apuro social à data da Convenção, vejam-se CLARA PINTO CORREIA, *Clonai e multiplicai-vos, verdades e mentiras*, 1ª edição, Lisboa, Junho de 1997, Texto Editora, em esp. p. 104, e ainda CLARA PINTO CORREIA, *Clones humanos, a nossa autobiografia colectiva*, Relógio d'Água, Ciência, 1999.

²⁰ Não que o cônjuge goze de um direito de vultu sobre a autonomia decisória da mulher, mas porque tal solução servirá como aferição do devido dever de respeito.

²¹ Bastará assinalar uma decisão do Tribunal de Bordéus de 1883, Trib. Civi. Bordeaux, 27 août 1883, *Rev. Hist. Méd.*, Fev. 1, p. 37 que qualifica a inseminação artificial de «*moyens artificiels que réproouve la moral naturelle et qui pourraient même, en cas d'abus, créer un véritable danger social; il importe à la dignité du mariage que des semblables procédés ne soient pas transposés du domaine de la science à celui de la pratique*» e uma outra, do tribunal de apelação de Lyon de 1956 onde se afirma que a inseminação artificial «*constitue un précédent condamnable, humiliant, de nature excessive et injurieuse justifiant un divorce aux torts de l'épouse en ceci, même si le mari avait consenti*».

como devidamente preenchida a latitude do dever de informação, sem que o médico encubra tratamentos terapêuticos por detrás da classificação das novas técnicas de procriação assistida.

Fazendo articular os princípios da verdade biológica e as regras gerais do estabelecimento da maternidade e paternidade, entendamo-nos: é certo que a família de sangue já não é a única concebível, dado o mecanismo da adopção. Mas na filiação carnal, a biologia não tem papel exclusivo, devendo referências estruturais à comunidade de vida e à posse de estado.²² A procriação assistida parece apontar para a constituição do grupo parental. A ameaça à biparentalidade é a alteração mais directa. De facto, a inseminação artificial com dador potencia uma família unilinear. Ora, o Direito tolera já verdadeiras famílias unilineares. Mas existem duas diferenças entre estas e as que saíam da procriação medicamente assistida. Nos casos já admitidos — adopção, legitimação unilateral por autoridade de justiça, estabelecimento unilateral da filiação natural —, há igualdade de vocação de ambos, enquanto que a procriação medicamente assistida só pode no seu intento assistir a mulher²³. A família não seria assim simplesmente unilinear mas ainda sem reciprocidade, comentam alguns autores, acolhendo forças genéticas exteriores.

Outra questão a abordar é a do anonimato²⁴, no que articula de consideração dos princípios da dignidade, de liberdade e responsabilidade e que coloca também a possibilidade de abandono anónimo em virtude do segredo que se interpõe entre o dador e o utilizador, pela intervenção mediata de organismo operatório. É certo que o direito à identidade genética, que se pode considerar como um direito de quarta geração hoje previsto no artigo 26.º da nossa Constituição — ou mesmo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, com assento normativo no mesmo artigo —, não se pode confundir simplisticamente com o direito ao conhecimento do progenitor. Ou seja, não esquecendo que o material hereditário de um ser é constituído no seio da célula original e que muito da criança que irá nascer resulta definido pelas combinações dos genes masculinos e femininos e que o conhecimento do património genético de um indivíduo é um dos meios para detectar doenças genéticas e anomalias graves, daí não resulta directamente a obrigatoriedade de conhecimento de quem seja o progenitor.

Outros problemas mais delicados surgem em casos de pretendida inseminação *post mortem* ou quando ocorre a morte das pessoas que geraram o embrião, antes da sua implantação. Se teoricamente várias se afiguram as soluções possíveis — a atribuição do poder de decisão ao tribunal ou outro organismo, a pronúncia preventiva do casal, a doação a outro casal ou equipas, o que pode implicar destruição e decisão em caso de

²² ANTÓNIO OSÓRIO CASTRO, *Problemas jurídicos da procriação artificial*, 1986, p. 449 a 452, e GÉRARD CORNU, *La procréation artificielle et les structures de la parenté*, ROA, ano 46, n.º2, 1986, pp. 453 a 467. Veja-se ainda PIERRE CATALA, *Le droit des successions et des libertés au regard de la procréation artificielle*, ROA, ano 46, n.º2, 1986, pp. 469 a 486.

²³ Acentue-se uma vez mais — e ainda que os respectivos termos se não acompanhem — a referência ao estudo de JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito do Homem a Rejeitar....*, ob.cit.

²⁴ PAULA MARTINHO DA SILVA, *O anonimato do dador*, *Boletim da Ordem dos Advogados*, 1987, n.º1, pp. 1 a 3 e da mesma autora, *A procriação artificial, passim*; ainda GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos jurídicos da procriação assistida*, ROA, p. 49 a 777, 1989, Porto, Março de 1991.

desacordo ao organismo incumbido da conservação — esta é situação a que a lei portuguesa dá hoje solução expressa, permitindo apenas a transferência *post mortem* relativa a inseminação *ante mortem*.

Por fim, outro nó górdio há-de ser o do destino a dar aos embriões excedentários ou supranumerários, embriões obtidos mas que não foram posteriormente implantados, para evitar riscos de gravidez múltipla. Obviamente, não se admitirá nunca a possibilidade de criar embriões apenas para investigação — como se ressaltava desde logo em parecer do CNECV de 1995 e como aliás resulta hoje expressamente proibido no n.º1 do artigo 9.º da Lei nº 32/2006, ainda que com após as alterações trazidas pelas Leis n.ºs 25/2016, de 22 de Agosto e 58/2017, de 25 de Julho —, mas parece igualmente estranho que sejam mantidos pela criogenia para serem trazidos à vida anos mais tarde, como tem acontecido v.g. nos EUA.

4.A especificidade do termo *a quo* da personalidade jurídica

Inevitavelmente, todo este emaranhado de questões nos interessa quer pelo que implica de disposição sobre o corpo, quer ainda pela perspectiva do novo ser, que surge no momento da concepção, que inicia o seu próprio ciclo vital estritamente individual, autonomamente gerido sobre o controle do próprio genoma. É certo que mesmo quando a figura humana não existe ainda, as centenas de milhares de células são já de um determinado homem e fazem parte dele durante todo o seu ciclo vital. Só que estes e outros aspectos parcelares ou fragmentários de uma tutela prodrómica, inconsistente e esparsa do concebido não podem fazer perder de vista a afirmação legal — artigo 68.º do Código Civil português — e recorrente na doutrina, de que “a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida”.

Pese embora a diversidade de condições destas primeiras fases, parece conveniente a assimilação ao nascituro, restando saber se tal estatuto se deve aplicar em todos os seus aspectos, ou se, pelo contrário, tal estatuto tem necessidade de ser ampliado ou minorado para satisfazer as especificidades do embrião obtido *in vitro* e ainda não transferido — a que alguns autores chamam préembrião, procurando legitimar *avant garde*, pela via terminológica, a sua utilização para determinados fins.

É que é precisamente a partir deste termo *a quo* que pode afirmar-se o direito à disposição sobre o próprio corpo. Se o direito — em termos subjectivos — é, numa conhecida acepção, a permissão normativa específica de aproveitamento de um “bem”, não haverá certamente bem ou objecto mais essencial sobre o qual aquela permissão possa incidir do que o “próprio corpo”.

As leis não existem no vácuo, mas são encontradas lado a lado com códigos morais e sociais de maior ou menor complexidade e definição, ou com a ética que está antes e para lá de todo o Direito, assim conectando novamente os conceitos (de valoração fechada) e os princípios/valores (de conteúdo rarefeito), num sistema aberto, com mobilidade, heterogeneidade, em que impere uma realização ou concretização funcional, uma perspectiva teleológica de ponderação das consequências da decisão de interacção permanente

entre centro e periferia.²⁵

Se interessa aqui sobremaneira a definição da esfera do indivíduo face ao Estado, ou a definição, pelo Estado, de uma esfera do indivíduo face aos seus concidadãos, se é realmente sempre o Homem na sua total e inalienável dignidade que há que ter em conta, não nos podemos, provavelmente, ater à forma mais tradicional e atávica de proteger essa dignidade, antes reinventando a protecção reclamada para a inevitabilidade das técnicas que se escancaram nos laboratórios. Como escrevia o R.G. Edwards, médico responsável pelo nascimento da conhecida Louise Brown, a pioneira dos nascimentos resultantes de técnicas de procriação medicamente assistida: “*A primeira vez que vi Louise Brown ela tinha oito células; no seu tubo de vidro já era tão bonita como hoje*”.

²⁵ Faça-se aqui relevar a terceira sistemática, a integrada, burilada por MENEZES CORDEIRO. JEAN HAUSER em obra magistral *Objectivisme et Subjectivisme dans l'acte juridique*, Prefácio de Pierre Raynaud, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1971, p. I., explica perfeitamente que “os juristas estarão sempre insatisfeitos com as suas noções fundamentais e as que parecem melhor asseguradas estão constantemente expostas a uma revisão de que a exigência testemunha a validade e necessidade.(...) Os civilistas, qualquer que seja a distância que tenham tomado da autonomia da vontade, estão sempre convencidos da ideia de que o acto jurídico é um acto de vontade e nada mais que isso.(...) Os publicistas construíram os seus sistemas com perspectivas mais largas e as suas análises não deixaram de ter influência sobre uma certa doutrina privatista, demonstrando a crise do contrato, o desaparecimento da liberdade contratual e a erosão da força obrigatória da vontade, alguns chegando à negação pura da vontade e não vendo aí mais do que uma norma que apresentam como uma peça de uma concepção objectiva do direito e dos direitos ou como uma pedra da pirâmide kelseniana.”

NASCIMENTO ANÓNIMO, PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E DIREITO A CONHECER AS RESPECTIVAS ORIGENS NUMA PERSPECTIVA COMPARADA

ANONYMOUS BIRTH, MEDICALLY ASSISTED PROCREATION TECHNIQUES AND RIGHT TO KNOW ONE'S ORIGINS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Maria Gabriella Stanzione*

RESUMO

O presente trabalho debruça-se, numa perspetiva comparativa, sobre o conteúdo e a autonomização do direito a conhecer as próprias origens no que respeita às crianças adotadas e àquelas que nasceram através do recurso à reprodução assistida. Considera, em primeiro lugar, o conflito com o direito ao anonimato da mãe biológica, nos países em que o parto anónimo é permitido — como acontece em França e em Itália — e as novas soluções decorrentes das decisões recentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e dos Tribunais Nacionais. Em segundo lugar, a Autora oferece uma breve visão panorâmica sobre a regra do anonimato do doador nos ordenamentos jurídicos europeus, refletindo sobre as possíveis consequências do acesso pela criança à informação sobre a sua filiação. A este propósito, é discutida a necessidade de ultrapassar a tradicional oposição verdade biológica/verdade legal, considerando a existência de um pluralismo de verdades como sejam a que se funda numa relação afetiva, a verdade social (*tractatus*) e a verdade temporal.

Palavras Chave — Direito a conhecer as próprias origens; identidade pessoal; Parto anónimo; adoção; fertilização heteróloga

ABSTRACT

The present paper deals with the content and the autonomy of the right to know one's origins, with regards to the adopted children and to those born after assisted reproduction, from a comparative point of view. It concerns, firstly, the conflict with the biological mother's right to anonymity, in those countries where anonymous birth is permitted - such as France and Italy - and the new solutions due to the recent decisions of the European Court of Human Rights and of the national courts. Secondly, the author gives a brief overview on the donor's anonymity rule in the European legal systems, wondering about the possible consequences of the child's access to the identifying information on the child's filiation. In this respect, she discusses the necessity to go beyond the traditional opposition biological/legal truth, considering the existence of a pluralism of truths, such as the one grounded in the affective relationship; the social truth (*the tractatus*) and the temporal truth.

Key Words — Right to know one's origins; Personal identity; Anonymous birth; Adoption; Heterologous fertilization

* mastanzione@unisa.it Assistant professor of Comparative Private Law at the Department of Political, Social and Communication Science of the University of Salerno. This paper, with the addition of the notes, has been presented by the author at the conference “Debatendo a procriação medicamente assistida”, 16-17 March 2017, University of Porto.

SUMÁRIO: 1. *The right to personal identity as a foundation of the right to know one's origins: the jurisprudence of the European Court of Human Rights.* 2. *The right of the adopted child to be informed on the circumstances of his or her birth.* 3. *The donor's anonymity and the right to know one's origins.*

1. The right to personal identity as a foundation of the right to know one's origins: the jurisprudence of the European Court of Human Rights

The aspiration to know about the truth of one's past has always been at the centre of the human nature and the thought goes immediately to the myth of Oedipus. From the legal perspective, the emergence of a right to know one's origins - although not recent¹ - is earning increasingly new significance. The questions to analyse are numerous and complex: firstly, the content and the subjective extension of this right. Secondly, its absolute nature or the necessity to balance it with other rights and interests of the persons involved and the modalities of this balancing operation. For instance, the right to anonymity of the biological mother — in those countries where anonymous birth is permitted —, the right to anonymity of the donor, in the hypothesis of medically assisted procreation techniques and also the right to private and family life of the adoptive parents or of those who made use of the said techniques.

It is not easy to answer to these questions, since there are different solutions in the legal systems. This variety has been highlighted by the European Court of Human Rights several times in its decisions. It is appropriate, for this reason, to keep the questions separate, but without leaving a unitary approach, centred on the child's best interest, as an effective guide principle and not only a proclamation of intent². From this perspective, it has to be found in the concrete case as it is the interest of the specific child in question. In some cases, in fact, there is the tendency in legal literature to put on the same level issues that have to be distinct: a first example is the the overlap of the access to one's origins, as

¹ In Italy, the legal debate on the right of the adopted person to know his or her origins, arisen in the Eighties, culminates after the reform of the adoption (Legge, 28 marzo 2001, n. 149): see, *inter alia*, M.R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, III, p. 1786 et seq.; A. LIUZZI, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in *Famiglia e diritto*, 2002, 1, 92; L. LENTI, *L'accesso alla conoscenza delle proprie origini genetiche nella prospettiva legislativa*, in *Minorigiustizia*, 1997, 2, p. 30 et seq.; P. CENCI, *Sul diritto dell'adottato di conoscere l'identità dei genitori naturali*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 1551 et seq.; M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Giuffrè, Milano, 2004. For a detailed analysis, see M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Giappichelli, Torino, 2015.

² It is essential to refer to P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, spec. 346, who first depicted the child's best interest in the mentioned configuration. See, also, Id., *Interesse del minore e "statuto" dei suoi diritti*, *Fam. Dir.*, 1994, p. 351 et seq.; ID., *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997; G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore*, *Dir. fam. pers.*, 1995, II, p. 1604 et seq.; G. Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, *Pol. dir.*, 1998, p. 167 et seq.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema del diritto civile*, *Fam. Dir.*, 1999, p. 80 et seq.

an aspect of the right to personal identity on the one hand, and the research for paternity — or maternity — in order to establish the bond of filiation, on the other hand.

This happens in those legal systems — such as the German one — where traditionally the biological truth plays a very significant role. In this respect, the right to know personal origins is taken into consideration as a mean to constitute the legal bond of filiation.

On the contrary, the right to know one's origins has earned autonomy: the German and Italian Constitutional Courts as well as the Spanish *Tribunal Constitucional*³ — even

³ In Spain, the right to know one's origins has been specifically recognised in a decision by the Tribunal Supremo in 1999 (STC 116/1999, de 17 de junio, BOE 17-6-99 n. 162), in which the Tribunal, by virtue of the child's best interest (*interés superior del niño*), recognises the right to know at least one's mother and declares the abrogation of art. 167 Reglamento del Registro Civil 14 junio 1958, which allowed the mother's anonymity. Both Spanish legal literature and case law derive the right to know one's origins from the protection of personal identity, strictly connected to the human dignity and to the free development of one's personality as prescribed in the Spanish Constitution. These principles materialise in the several expressions of the fundamental rights regarding the most intimate and private part of the human life, including the right to dignity, honour, good reputation and private life. In this perspective, it is a unanimous opinion in case law and legal writings that the rights listed in the first part of the Spanish Constitution cannot be considered extensive rights, but it will be possible to include other rights that do not find an expressed protection. This implies that, although the right to know one's origins has no place in the Constitución as an autonomous fundamental right, it is part of the essential content of the principles and right recognised in the Título I. The judgment of the Tribunal Constitucional n. 7 of 1994 (Tribunal Constitucional Sala Primera. sentencia 7/1994, de 17 de enero de 1994, BOE núm. 41 de 17 de febrero de 1994) held that the identification of the personal origins is an essential part of the right to identity, as a consequence of *protección integral* of every child as recognised by art. 39 Spanish Constitution. Nevertheless, in the judgement no. 116 del 1999 (Tribunal Constitucional, Pleno, sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999, BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999), the Tribunal held that the possibility to search for one's paternity, protected by the Constitution, does not imply the existence of an absolute right to search in any case the parents' identity. Furthermore, the judges added that the search for paternity (or maternity) aimed firstly to establish among the concerned persons a legal bond which includes mutual rights and obligations (the relationship between the father - or the mother - and the child). In any case, according to the court, the disclosure of the donor's identity in the medically assisted procreation techniques can never be aimed to the constitution of such legal bond, but only to a mere identification of the person who gave the gametes. This implies that the legal action aimed to such identification is totally distinct from the one grounded on art. 39 Cost. Nevertheless, an accurate literature held that the action for paternity research as depicted by the Tribunal Constitucional is excessively limited, if considered only as a mean to determine the legal bond, ignoring the relevant role of the knowledge of one's origins can play in the construction of personal identity. Furthermore, the criticized view seems to contravene to the provision of article 7 of the Convention on the Rights of the Child, by virtue of which the child has the right to access to the information on his or her birth and to be cared for, as far as possible, his or her parents. In this perspective, the Spanish Tribunal Supremo, in two decisions of April 1991 and March 1994, held that the ethical and social foundation of the biological tests for the verification of the filiation has to be found in the fundamental nature of the right to know one's origins, notwithstanding the *status filiationis*. Hence, it seems appropriate to accept the view, which derives the right at issue not from art. 39 Cost. but rather from art. 10 Cost. esp., par. 1, in conjunction with art. 18, that protects, among the others, the right to honour, to private life and to reputation. Moreover, the decision by the Audiencia Provincial de Càceres of March

if with different times and modalities — recognise it as a fundamental right. In other systems, such as the Swiss one, it is even established into the Constitution (art. 119)⁴.

In Europe, the right to know one's origins appears in the debate in the mid Seventies in particular referring to the adopted children. However, it is the German elaboration that leads to a first official recognition in a 1989 decision by the Constitutional Court⁵. The Court includes it into the *Grundrechte*, deriving it directly from the *Würde des Menschen*⁶.

2001 (AC2001, 69) establishes that “the right to know one's biological filiation, even regardless the legal bond, appears to be a right of the personality, which cannot be denied to the person without compromising the right to identity, whose basis has to be found in the dignity of the human being and in the harmonious and free development of the personality (art. 10 Cost. esp.)”. Hence, the child can benefit of a certain bond of filiation, with all the legal consequences that derive from it, but, at the same time, he can desire to know his or her origins, as a completion of the personal identity and part of the harmonious development of his or her personality, grounded not only on the provision of the art. 39 Cost. esp. but, first of all, on art. 10 Cost. esp., in conjunction with art. 18 Cost. esp., which establishes the right to private and family life.

⁴ Art. 119 of the Swiss Constitution establishes that: “(1). Humans are protected against abuses of reproduction medicine and genetic engineering.

(2). The Federation adopts rules on the use of human reproductive and genetic material. It provides thereby for the protection of human dignity, of personality, and of family, and respects particularly the following principles:

- a) All forms of cloning and interference with genetic material of human reproductive cells and embryos is prohibited;
- b) Non-human reproductive and genetic material may not be introduced into human reproductive material or merged with it.
- c) Methods of medically supported procreation may only be used when sterility or the danger of transmission of a serious illness cannot be repaired otherwise, but not in order to induce certain characteristics in the child or to conduct research; the fertilization of human ova outside a woman's body is only permitted under conditions determined by law. No more human ova may be developed into embryos outside a woman's body than are capable of being immediately implanted into her.
- d) The donation of embryos and all other forms of surrogate maternity are prohibited;
- e) With human reproductive material and with products obtained from embryos, no trade may be conducted;
- f) A person's genetic material may only be analyzed, registered or disclosed with the consent of this person, or if the law so provides;
- g) Every person has access to the data concerning his or her ancestry”.

⁵ See W. KLEINEKE, *Das recht auf Kenntnis der eigene abstammung, Dissertation zur Enlangung des Doktorgrades der Juristischen Facultät der Georg-August-Universität zu Göttingen*, Göttingen, 1976; P. MEYER, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung*, 2005; D. v. SCHWAB, *Familiensrecht*, 13. Auf., Munchen: C.H. Beck, 2005, p. 239 et. seq.; G. v. HOHLOCH, *Familienrecht*, Boorberg, 2002, p. 427 et seq.; M. LÖNIG, *Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern*, Erich Schimdt Verlag, 2004, p. 48 et seq.; M.F. FURKEL, *Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne*, in *Révue Internationale de Droit Comparé*, 49, 4, Octobre-décembre 1997, p. 93 et seq.

⁶ BVerfG, Beschluss 18.01.1988, *FamRZ*, 1989, p. 147 et seq. and BVerfG, Beschluss 31.01.1989,

In the same year the Convention of New York on the Rights of the Child is ratified: its art. 7 establishes the right of the child to know and, as far as possible, to be cared for by their parents⁷.

Although this provision was born with the paramount aim to grant the right to the adopted children, it cannot be limited only to this situation. According to the interpretation by the UN Commission on the Human Rights (resolution 1999/80 on the rights of the child), it has to be extended to all the cases in which the knowledge of one's origins is essential for the harmonious development of the child's personality⁸.

The right to know one's origins is the necessary prerequisite for the construction of personal identity, protected by art. 8 of the UN Convention⁹. It is significant that this disposition refers not only to the mere administrative data but also to the relationships of the person, starting from the family ones¹⁰. It adopts, hence, the modern notion of personal identity, which involves, on one hand, the inner being and, on the other hand, his external manifestations in the experience of life: in particular, his social relationships (according to the principle by which the person is at the centre of the law not as an isolated individual but as an "homme situé" in a complex of relationships: the *formazioni sociali* mentioned by art. 2 of the Italian Constitution or the *menschlichen Gemeinschaft* of the art. 1 *Grundgesetz*).

This perspective is not grounded anymore on the identification of persons by society but on the coming together of social projection and self-perception; hence, we can talk about a new dynamic and positive content of the right to identity, that includes an active

FamRZ, 1989, p. 255 et seq. See also BVerfG, Beschluss 26.04.1994, *FamRZ* 1994, p. 881 et seq.; BVerfG, Beschluss 6.05.1997, *FamRZ*, 1997, p. 869 et seq.

⁷ Article 7 of the UN Convention on the Rights of the Child establishes that:

1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.
2. States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless.

⁸ Commission on Human Rights, *Report on the fifty-fifth session, (22 March — 30 April 1999)*, E/1999/23 — E/CN.4/1999/67, <http://www.un.org/documents/ecosoc/docs/1999/e1999-23.pdf>.

⁹ Article 8 of the UN Convention on the Rights of the Child establishes that:

- "1. States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference.
2. Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity".

¹⁰ See the essays by M. VITOLO, *Il concetto di identità nel processo evolutivo*, in *Minorigiustizia*, 1996, 4, p. 7 et seq.; P. PAZÉ, *Questioni e prospettive della conoscenza delle origini nell'adozione*, *ivi*, 2011, 2, p. 88 et seq.; P. RONEFANI, *Conoscenza delle origini e altri problemi dell'adozione nelle prospettive sociologica e antropologica*, *ivi*, 1997, 2, p. 40 et seq.; L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*, in *Famiglia*, 2005, p. 161 et seq.

role of the holder. The research for personal origins falls within this domain¹¹.

The European Court of Human Rights contributed to define the content of this right from the 1989 case *Gaskin vs. United Kingdom*, where the Court held that the applicant has “a vital interest protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and early development”¹². This was the Court’s first tentative declaration that a minor child had a constitutional right to access information concerning her or his genetic parentage under article 8. The subsequent jurisprudence on this subject will be grounded in a stronger affirmation of the connection between the research for the origins and the protection of personal identity¹³. Of course, a symmetric right not to know is recognised to the child; thus such research is left up to him or her, once they become aware of their birth details¹⁴.

Apart from the hypotheses in which there are big differences in the somatic traits or when the child lives in a homosexual or one-parent family, questions about their family can rise mainly when parents have talked openly to the child, taking all the precautions regarding the way and the time to unveil the truth. It is the so-called disclosure. In regards to this, most European legal systems tend not to impose, since it would be an unacceptable intrusion in family life¹⁵, but to promote the disclosure of the circumstances regarding the child’s birth¹⁶.

¹¹ With regards to the debate on the contents of the right to personal identity and its blurred boundaries with the other personal rights, among which the right to honour and reputation, see R. TOMMASINI, *L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi (a cura di), *Il diritto all'identità personale*, Cedam, Padova, 1981, p. 84 et seq.; AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1985; V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 363 et seq.; M. COSTANTINO, *Oggetto e tutela dell'esclusività dell'immagine di sé*, in Id., *Rischi temuti, danni attesi, tutela privata*, Milano, 2002, p. 257 et seq.; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003. See also N. IRTI, *Parte III. La persona e la famiglia*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 212 et seq.

¹² European Court of Human Rights, *Gaskin v. United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A. no. 160, p. 16 et seq.

¹³ See European Court of Human Rights, *Mikulić v. Croatia*, judgment of 7 February 2002, Series A.

¹⁴ The right of the child to a harmonious development of his or her personality includes the right to know his or her origins as well as its opposite, the right not to know. The choice between the two ways implies, evidently, that he or she is informed about the circumstances of the birth, about the divergence between the legal and the social tie. See C. Scognamiglio, *Sul diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali (nota a Pret. Bari, 30 December 1986)*, in *Giur. it.*, 1988, p. 105.

¹⁵ In line with those trends of international law, whose most significant expressions can be found in the above-mentioned art. 7 and art. 8 Convention on the Rights of the Child and in art. 30 of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. The latter provision establishes that: “(1) The competent authorities of a Contracting State shall ensure that information held by them concerning the child’s origin, in particular information concerning the identity of his or her parents, as well as the medical history, is preserved. (2) They shall ensure that the child or his or her representative has access to such information, under appropriate guidance, in so far as is permitted by the law of that State”.

¹⁶ The extreme version of such tendency is represented by the Anglo-American “*open adoption*”,

2. The right of the adopted child to be informed on the circumstances of his or her birth and on his or her parentage.

Italy saw the passage from a regulation grounded in secrecy about origins and parents' identity to a perspective — with the reform of adoption of 2001 (l. n. 149/2001)¹⁷ — that recognises a right of the son to be informed on his adopted condition¹⁸. Art. 28 Italian Adoption Law provides now that the adopted minor is informed of his or her condition and the adoptive parents have to fulfil this in the most suitable terms and conditions¹⁹.

Nevertheless, the legislator places many obstacles to the access to this kind of information: the regulation, in fact, set at 25 the age the adopted child can access without an authorization by the judge. While, before the above-mentioned 25 have passed, and in any case after the majority, he can have access to the information on his birth only if

intended to protect the contacts and the exchange of information among the adoptive and the birth parents, when this is in considered in compliance with the best interest of the child. See G. ARATA, *Minore adottato e famiglia di origine in Italia e in Inghilterra, con riferimento ad alcune sentenze della Corte europea*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 849 et seq.; J. LONG, *Open records and open adoptions: due proposte dagli Stati Uniti*, in *Minorigiustizia*, 2001, 3-4, p. 101 et seq.; J.M. PAVAO, *The family of adoption*, Beacon Press, Boston, 1998; A.G. MILIOTTI, *I diritti degli adottati e l'open adoption. Lo scenario USA*, in *Minorigiustizia*, 2001, 3-4, p.120 et seq.

¹⁷ The reform is grounded on two principles: on one side, the adoption is now considered as an *extrema ratio*, hence the right of the child to remain with his or her birth family is guaranteed, provided that this is in compliance with the best interest of the child. On the second hand, - and it is a strictly related point — the abandon of the logic of secret in favour of the principle of the so-called narrative truth, that is to say the choice to inform the child on the circumstances of his or her birth, with the modalities and the limits in which it is not harmful to him or her. Such innovation is in line with the international and European trends relating to adoption and child's protection, culminating in the Convention on the Rights of Child (art. 7) and the Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (art. 30).

¹⁸ The former regulation was characterized by the principle of *imitatio naturae*: the adoption was a new filiation that replaced the biological filiation, erasing every passed the family but also inside the family. See M.R. MARELLA, *Voce Adozione*, in *Digesto*, IV ed., *Disc. priv. sez. civ.*, *Aggiornamenti*, Utet, 2000, p. 86 et seq.

¹⁹ The provision of the new art. 28 is grounded on the theories that hold the necessity of the disclosure to the child for the construction of the adopted child's identity, in order to avoid possible trauma deriving from the incidental finding of his or her condition, provided that, obviously, such revelation is not harmful to the mental equilibrium of the child. The latter circumstance has to be evaluated by a judge in a specific case. It seems not acceptable, on the other hand, the concern arisen in some literature (M. DOGLIOTTI, *Genitorialità biologica, genitorialità sociale, segreto sulle origini dell'adottato*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 406), according to which the information on the origins could affect on the legal effects of the adoption: the aspects of exclusivity and stability of the adoptive filiation find a resolute confirmation in the reform' trovano decisa conferma nella dorm'find a :igins could equest s trovano decisa conferma nella dorm'find a :igins could equest trovano decisa conferma nella dorm'find a :igins could equest regulation.

there are serious reasons relating to his mental and physical health²⁰. In the latter case, the child has to bring a request for anticipated information before the juvenile court (Tribunale dei Minorenni), which will give the authorisation only if it verifies that the access to information is not harmful to the mental condition of the applicant²¹.

However, in Italy, if the biological mother has chosen to remain anonymous at the birth, the child has no possibilities to know her identity (art. 28, par. 7, of the legge 4 maggio 1983, n. 184 and art. 3, par. 1, of Decreto del Presidente della Repubblica of 3 November 2000, n. 396 (Civil Status law)²². By virtue of art. 11 of the adoption law, if

²⁰ Art. 28, par. 5, l. 4 maggio 1983, n. 184, establishes that: “l’adottato, raggiunta l’età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l’identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L’istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza”. Such provision has been criticised in literature mainly for the legislator’s choice to raise to 25 the age at which the research for personal origins is permitted without the need of the judicial authorization.

on prescribes the thoud the need of the judicial authorization.

²¹ The Italian law prescribes a strict regime for the access to the information on the birth parents, both for the adoptive parents and the heads of the medical facilities. In the first hypothesis, the law provides for a necessary authorization by the juvenile court, grounded on the existence of verified serious reasons so as to justify the preponderance of the child’s interest to know his past over the adoptive family’s and the biological parents private and family life. Before the silence of the legislators about the nature of such reasons, it seems no possible to found them only in the inability of the adoptive parents to fulfil the parental functions, but also and mainly in the aspect of the protection of the child’s mental and physical health. In this perspective, see L. FADIGA, *L’adozione legittimante dei minori*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, Filiazione, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Gluffrè, Milano, 2002, 719. *Contra* G. SCIANCALEPORE, *La dichiarazione di adozione*, in *Le adozioni nella nuova disciplina, Legge 28 marzo 2001, n. 149*, a cura di G. Autorino-P. Stanzione, Milano, 2001, p. 326 et seq. In the event that the head of a medical facility asks for access to the information on the biological parents, the request must be grounded on the existence of necessity and urgency and on a serious danger for the child’s health. In this respect, the lacking provision of the judicial authorization is grounded on the necessity and urgency of the access to the information in the presence of a serious danger for the child’s health in order to protect the child’s fundamental right to health, as the right to both mental and physical well-being. See Corte d’Appello di Palermo 11 December 1992, in *Dir. fam.*, 1993, p. 587 et seq. Furthermore, the legal literature points out that the faculty to gather the data relating to the child’s origins can be exercised by the head of the medical facility even in the hypothesis of inaction or unavailability of the adoptive parents, provided that it exists the requisites of the necessity and urgency in order to protect the child’s health. Under this point, see V. GAGLIARDI-E. PALMERINI, *Sub art. 24 l. 28 marzo 2001, n. 149*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 4-5, p. 1024 et seq. Nevertheless, it seems appropriate to clarify that in the event that the access to such information is requested by the doctor regarding the child’s health, their content can never concern the birthparents’ biographical data, but only the medical information.

²² Art. 28, par. 7, of the Italian adoption law establishes that: “l’accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell’art. 30, comma 1, del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396”. The choice made by the mother at the moment of the birth prevents permanently any request from the son.

the mother chooses to remain anonymous, the declaration of adoptability can be delayed for up to two months. The reason of such provision lays in offering the mother the possibility to change her mind and decide for the recognition.

In Europe, the mother is allowed to make such a choice only in France, Italy and Luxembourg, hiding her identity and determining an exception to the rule that says that maternal bond descends automatically from the birth. These systems justify this solution, that finds its roots in the ancient tradition of the “baby hatches”, by the need to protect both the baby’s right to life and the mother’s right to health, trying to avoid abortion or child abandonment and to promote the choice to give birth in adequate structures. There is an important debate on this topic also in those countries that do not admit anonymous birth, like Germany, where there is a growth of the so-called *baby klappen*, cradles where mothers can abandon their children in anonymity.

In the French system, maternal filiation is settled by designation of the mother at the moment of birth (art. 311-25 code civil). Nevertheless, art. 326 code civil provides that she can ask to keep secret her admission to the hospital and her identity. That is the so-called *accouchement sous X* (or *accouchement dans le secret*)²³: the mother has a right to anonymity, whose exercise precludes — even in the future — the verification of the parentage.

Nowadays, however, it is possible to talk about a “discreet birth” instead of an “anonymous birth”²⁴: the *Loi 93-2002*, on the access to personal origins, allows the reversibility of the mother choice and institutes a specific authority, the *Conseil National pour l'accès aux origines personnelles* (CNAOP), that can receive the declaration of consent by the biological parents and, therefore, communicate to the person concerned his parents’ identity.

On the contrary, the Italian legal system gives no chances to the child’s research for their origins. If the biological mother chooses to remain anonymous, every information about her identity is precluded forever (art. 28, comma 7, adoption act).

Though, this provision has recently been the subject of an Italian Constitutional Court’s decision, that will lead to the attenuation of the rigidity of such a solution. Differently to the French rule, in fact, the Italian legislation do not try to reach an equilibrium between the rights and the interests of the persons involved. The situation is well portrayed by the provision that allows the access to the medical records, containing the identifying information of the mother who chose anonymity, only a hundred years after the creation of the said documents. According to the Court, it is just the “irreversibility” of the mother’s choice that violates the constitutional principles: thus, the judges pass to legislators the introduction of dispositions to verify the mother’s will, without compromising her anonymity²⁵.

²³ In France, there is still an intense debate on the desirability of anonymous births, which are either rejected, require amendment or are strongly supported. See N. LEFAUCHER, *The French ‘Tradition’ of Anonymous Birth: The Lines of Argument*, in *International Journal of Law, Policy and the Family* 2004 (18(3)), 319, p. 327 et seq.

²⁴ The first mitigation of the irreversibility of the choice for the anonymity dates back to the *loi 96-604* of 5 July 1996, that obliged the medical staff to inform the mother of the possibility to give non identifying information or to unveil her identity, at the request of the child or of his or her descendants.

²⁵ In Italy there exists a reform proposal of 19 June 2015 (n. 1978) regarding art. 28 of the Act of

3. The donor's anonymity and the right to know one's origins.

The Italian Constitutional Court is the protagonist of another crucial change: in a decision of 2014²⁶, the Court overthrew the prohibition of heterologous artificial insemination. So, Italy is finally called to regulate this delicate matter and — among its aspects — the choice to grant or not to the donor's right to anonymity.

In this respect the European legal context is very fragmented: some systems, in fact, choose to allow only sperm or gametes donations, while prohibiting the embryo donations; other States permit all these techniques. In particular, Germany allows only the sperm donation, banning that of oocytes (but the embryo donation is practised since it is not expressly prohibited). Switzerland only allows married couples to resort to sperm donation.

Other countries, such as France, Belgium, Spain, Greece, United Kingdom and so on admit the recourse to all the techniques. United States, too, but there it's the market that rules the matter²⁷.

Looking only at Europe, although there exists a general *favor* towards the disclosure to the child — since this constitutes the starting point for the research of their origins —, the legal systems are divided on the donor's anonymity rule²⁸.

4 May 1983, n. 184 related to access to information for children who have not been recognised at their birth; see: and for the text of the modification proposal (Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita). If the proposal were adopted, anonymously born children could obtain non-identifying information on their mother or, if the mother consents to it, identifying information.

²⁶ The reference is C. Cost., 10 June 2014, n. 162, <http://www.cortecostituzionale.it/action-SchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>. The Court declares the unconstitutionality of art. 4, par. 3 of the legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), for the part in which it prohibits to the couple to resort to heterologous fertilization in presence of infertility. For an in-depth comment, see M.G. STANZIONE, *Identità del figlio*, cit., p. 64 et seq.

²⁷ Medical assisted procreation is not ruled in details: the federal laws simply impose some general prescriptions, such as the one which requires medical tests for the donors, but does not establishes means of control. Hence, it is up to the States and the professionals involved to prescribe the directives for organising every aspects of the artificial techniques, including the donor's anonymity rule. See K. ORFALI, *Procréation médicalement assistée et anonymat aux USA: la loi du marché*, in *Procréation médicalement assistée et anonymat : panorama international*, directed by B. FEUILLET-LIGER, Bruxelles, 2009, p. 283 et seq.

²⁸ See D. LAURU, *Le secret des origines*, in *Enfance & Psy*, 2008/2, n. 39, p. 97 et seq.; C. MEIJA QUIJANO, *Silence sur l'origine*, *ivi*, p. 39 et seq.; G. DELAISI DE PARSEVAL, *Comment entendre les demandes de levée du secret des origines?*, in *Esprit*, 2009, p. 165 et seq.; ID., *L'anonymat des dons en A.M.P.: un point de vue de psychanalyste*, *L'anonymat évite la vérité psychique du don*, in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama International*, directed by B. FEUILLET-LIGER, Bruxelles, 2009, p. 55 et seq.; ID., *Le désir d'enfant saisi par la médecine et la loi*, *ivi*, 1989, 86; ID., *Le secret des origines*, in *Sciences humaines*, n. 101, 2000, p. 34 et seq.; N. PRIEUR, *La transmission de l'origine dans le nouvelles formes de filiation*, in *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, 2007/1, n. 38, p. 175 et seq.; I. THERY, *Anonymat de dons d'engendre-*

Some of them apply it in a strict way; others interpret it in a softer way; still others don't accept this rule (Sweden, Norway, and the Netherlands) or consider it unconstitutional (as in Germany).

In the first case, we can talk about absolute anonymity. It won't be possible even to have access to the non identifying information: the donor is considered as never having existed. Nevertheless, there is an exception in the case of medical necessity, when the information on the donor is necessary to avoid damages to the child's health. This is the French solution: there, the anonymity of the donor, stated from 1994, has been confirmed by the reform of 7 July 2011. The debate, anyway, is still alive and there are many associations who claim the "*levée de l'anonymat*"²⁹ (despite the Conseil d'Etat stated, in 2013, the compliance of this solution to the European Convention on Human Rights³⁰).

On the other side, Sweden has allowed the child to have access to identifying information since 1984³¹. Other systems, such as Spain, choose a compromise solution: both child and legal parents can have access to the non identifying details. In Denmark, there is a dual solution: donors can choose between anonymity and the registration in a specific register of their data, with the chance to be traced by their biological children.

Although the current tendency is to give much wider implementation to the right to know personal origins³², in my opinion we cannot overlap the consequences of the

ment. Filiation et identité narrative des enfants au temps du démariage, in *Défis contemporains de la parenté*, diretto da E. PORQUERES I GENÉ, Paris, 2009, p. 81 et seq.; ID., *L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique"?*, in *Esprit*, 2009, p. 133 et seq.; G. SÉRAPHIN, *La parenté, le droit et la médicalisation de la naissance*, *ibidem*, p. 183 et seq.; ID., *Accès aux origines: les ressorts d'un débat passionné*, *ibidem*, p. 82 et seq.

²⁹ See I. THÈRY, *Les impasses françaises du débat bioéthique*, 7 February 2011, in www.laviedesidees.fr/Les-impasses-francaises-du-debat.html.

³⁰ Conseil d'État, 13 June 2013, ric. n. 362981, in *RFDA*, 2013, p. 1051 et seq. In such decision, the court held that the legislator aimed to an equilibrium between the protection of the health of the children born by medically assisted procreation techniques and the rights of the other persons involved. As for the access to the non identifying medical data there are exceptions, defined by law, to the rule that prohibits the disclosure of any information relating to the donor and the receiving couple: on the one hand, in the hypothesis of medical necessity concerning the child or, on the other hand, in the event that a genetic disease of the gametes has been diagnosed and its consequences are treatable by prevention or medical therapies. As for the identifying information, on the contrary, the court held that the anonymity rule aimed to the protection of the private and family life of the donor and his or her family.

³¹ Swedish law of 20 December 1984. See J. STOLL, *Swedish donor offspring and their legal right to information*, Uppsala, 2008.

³² There is a common tendency in Europe towards an increasing implementation of the right to access to the information about the origins in case of medical assisted procreation. The Swedish system, a pioneer in the recognition of such right seems to evolve towards an increasing *favor* for the "transparency", without arriving to impose the disclosure to the parents. Such tendency concerns both the directives of the National Board of Health and Welfare, that insist on the necessity for the parents to inform their sons, both for the provisions which allow the child who doubts about his or her condition to resort to the social services. These are obliged to hear and help him or her in such research. See K. ORFALI, *Pma et levée de l'anonymat: la Suède entre une tradition de*

child's access to information. That is another point.

It's one thing, in fact, if one tries only to satisfy an aspiration or desire to know who are the biological parents or even to meet them. A very different question and also more delicate is the possibility for the child to establish a bond of filiation through a paternity research action or to bring a civil action against the donor. The latter hypothesis is contemplated only by the United Kingdom, where the child is allowed to bring an action against the donor if there are the requirements of the Congenital Disabilities Act of 1976.

As for paternity research, this possibility is always excluded, even in those legal systems in which biological filiation plays a very significant role. In every case, in fact, the legal bond is established between the child and the parents who gave their consent to the artificial procreation. Only Germany considers the possibility for the child to overturn this bond through the action of disclaiming paternity. Nevertheless, this situation is very difficult to achieve, since most couples, aware of this risk, tend not to unveil the truth to the child.

Hence, many questions arise and it is difficult to give an answer if we keep on considering only the two aspects — biological and legal of filiation³³. Nowadays, the legal literature largely talks about a “pluralism of truths”: beside these aspects there are also the truth of the affective relationship; the social truth (the *tractatus*) and the temporal truth (that is the passage of time that reinforces the bond)³⁴.

This is proven by the growing importance of an element: the possession of *status*, in particular in those legal systems which already recognise this notion, such as France and Italy, but also in the ones who do not. The reference is to the German system, where the law of 23 April 2004 extends to the biological father the possibility to disclaim the legal paternity on one condition: only if there are no family relationships between the legal father and the child (§ 1600, 2, BGB).

transparence et un statut novateur de l'enfant, in *Procréation médicalement assistée et anonymat*, directed by B. FEUILLET-LIGER, Bruxelles, 2009, p. 260. In Hungary, art. 179 of the Code of Health establishes the right of the child to know the circumstances of his or her birth “on the basis of the available information”. Such provision is interpreted in the sense it excludes the donor's identity. In any case, the regulation does not prescribe any kind of procedures in order to verify the effective use of this faculty. Under this point see J. SANDOR, *Réglementation libérale et focus sur l'enfant. La procréation médicalement assistée en Hongrie*, in *Défis contemporains de la parenté*, directed by E. Porqueres i Gené, Paris, 2009, p. 124 et seq. The choice by United Kingdom to allow the 16 years old child to resort to the *Human Fertilisation and Embryology Authority* in order to know the circumstances of his or her birth is significant. Nevertheless, the proposal of including the expression “donor-conceived” in the birth certificate has been rejected. See T. CALLUS, *De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli: la (r)évolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée*, in B. FEUILLET-LIGER, cit., p. 179 et seq.

³³ See *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, (ed) I. Schwenzer, Antwerpen-Oxford, 2007.

³⁴ See M.G. STANZIONE, *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, esp. p. 63 et seq.

It seems impossible, for this reason, to determine *a priori* the best interest of the child by virtue of the principle of “truth at any cost”, since one can wonder: which truth?

And if we ask — as Dostoevskij does in *The Karamazov Brothers* — “what is a true father?”, what is a true parent?, in the difficult attempt to answer, it does not seem possible to prescind from the relationship, which unfolds in the time and is grounded in the affective tie.

‘SUBITAMENTE, NO VERÃO PASSADO’: A CONTRATUALIZAÇÃO DA GESTAÇÃO HUMANA E OS PROBLEMAS RELATIVOS AO CONSENTIMENTO

‘SUDDENLY, LAST SUMMER’: THE NEW CONTRACT OF GESTATIONAL SURROGACY AND THE ISSUES RAISED BY THE PARTIES CONSENT

Maria Raquel Guimarães*

RESUMO

O legislador português veio admitir a “gestação de substituição” em Agosto de 2016, num contexto negocial, enquanto *objecto* de um negócio jurídico bilateral, cuja celebração “é feita através de contrato escrito”, invertendo o sentido da lei que, até então, proibía a celebração de contratos de “maternidade de substituição” e os cominava com a nulidade. Pretendemos neste texto encetar uma primeira análise sobre os requisitos de validade definidos pela nova lei para o contrato de gestação de substituição, bem como levantar algumas questões relativas ao consentimento das partes. Pretende-se, por último, testar a adequação das regras gerais dos negócios jurídicos, e do contrato de mandato em particular, para a solução dos novos problemas colocados pela contratualização da gestação humana.

Palavras-chave — PMA, GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, BARRIGA DE ALUGUER; MATERNIDADE SUB-ROGADA, LEI N.º 32/2006; LEI N.º 25/2016

ABSTRACT

The Portuguese lawmaker legalized gestational surrogacy in August 2016. Surrogate motherhood is now admitted in Portuguese law, through formal and altruistic legally binding contracts. It’s our purpose to identify the major problems raised by the new Portuguese legal framework of surrogate motherhood concerning the contract requirements and the parties consent. Finally, we want to consider the compatibility of the Portuguese Civil Code contract rules with the surrogacy arrangements.

Key words — GESTATIONAL SURROGACY, SURROGATE MOTHERHOOD, RENT-A-WOMB CONTRACT, PORTUGUESE LAW NO. 32/2006, PORTUGUESE LAW NO. 25/2016

* raquel@direito.up.pt. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigadora do CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica e do CeDiFam — Centro di ricerca Interuniversitario su relazioni familiari e successorie nell’Europa del Sud. Este texto serviu de base à intervenção realizada no Seminário “Debatendo a procriação medicamente assistida”, organizado pelo CIJE com a coordenação científica das Senhoras Profs. Doutoras Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, no dia 17 de Março de 2017. Uma primeira versão resumida do texto, com o título “O novíssimo contrato de gestação humana no direito português”, foi destinada a publicação no âmbito do Projecto “Famiglia e responsabilità genitoriale tra riforme e intervento pubblico nell’Europa del sud”, financiado pelo programa *Ricerca di Base 2015* promovido pela Università degli Studi di Verona, Itália.

SUMÁRIO: 1. Enquadramento da questão. A ‘contratualização’ da gestação humana. 2. Autonomia privada, liberdade contratual e contratos de gestação. 3. Caracterização do contrato de gestação de substituição. 4. Informação pré-contratual e requisitos para a celebração do contrato. 5. O consentimento dos intervenientes. 6. A (in)validade do contrato de gestação de substituição. 7. Outros problemas deixados em aberto. Prestabilidade do regime do mandato como regime integrador das lacunas do contrato de gestação de substituição. 8. Reflexões finais.

1. Enquadramento da questão. A *contratualização* da gestação humana

O legislador português regulou em 2006 a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), começando por as consagrar, numa primeira fase, como um método subsidiário e não alternativo de procriação, privativo das pessoas de sexo diferente casadas ou unidas de facto e proibindo a inseminação *post mortem*¹. Cominou ainda com a nulidade os negócios de “maternidade de substituição” e proibiu a compra e venda de óvulos².

Dez anos volvidos sobre a versão inicial da lei, já em Junho de 2016, o legislador veio alterar a orientação primeiramente adoptada, alargando as técnicas de procriação medicamente assistida a “*todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”³, não obstante continuar a afirmar — em simultâneo, no mesmo normativo — o seu carácter de método subsidiário e não alternativo de procriação e a manter a regra de que estas técnicas *só* podem utilizar-se “*mediante diagnóstico de infertilidade*” ou em caso

¹ V. o artigos 4.º, 6.º e 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na sua versão inicial, anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho.

² V. os artigos 8.º e 18.º da referida Lei n.º 32/2006. Sobre a nulidade do contrato em França (artigo 16-7 do *Code civil*), v., entre outros, MARIE-XAVIÈRE CATTO, “La gestation pour autrui: d’un problème d’ordre public au conflit d’intérêts?”, in *La Revue des droits de l’homme, Varia*, 3, 2013, p. 2 ss. Também em Espanha os contratos de maternidade de substituição foram objecto de regulamentação especial, prevendo a lei a sua nulidade: cfr. o artigo 10.1 da *Ley* 14/2006, de 26 de Maio, que regula as técnicas de reprodução humana assistida. Sobre a situação espanhola e a posição assumida pela *Dirección General de los Registros y del Notariado* quanto à inscrição da filiação decorrente da gestação de substituição realizada noutros países, v., entre outros, ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, “La gestación por sustitución en España: un debate abierto”, e ENCARNA SERNA MEROÑO, “Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, in *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões* (coord. HELENA MOTA / MARIA RAQUEL GUIMARÃES), Coimbra, FDUP/CIJE/Livraria Almedina, 2016, pp. 761-785 e 808-814, respectivamente, e ALFREDO BATUECAS CALETRÍO, “L’iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all’estero”, in *Rivista di Diritto Civile*, LXI, n.º 5 Settembre-Ottobre, 2015, p. 1153 ss. Para uma súmula da posição adoptada pelos diferentes países sobre a validade e requisitos da gestação de substituição, bem como dos argumentos contra e a favor da sua admissibilidade, v. este último Autor, cit., pp. 1154-1157. Sobre as posições assumidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema, v. STÉPHANIE HENNETTE VAUCHEZ, “Deux poids, deux mesures: GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l’Union européenne”, in *La Revue des droits de l’homme, Actualités Droits-Libertés*, 2014, pp. 1-16.

³ V. artigo 4.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho.

de doença, tal como acontecia na versão original da lei⁴. Por outro lado, as técnicas de procriação medicamente assistida passaram a ser acessíveis *a todas as mulheres*, discriminando a lei como beneficiários, de uma forma algo desconexa e com sobreposições, os “*casais de mulheres*”, casadas ou vivendo em união de facto, bem como “*todas as mulheres independentemente do seu estado civil e da respectiva orientação sexual*”, para além dos “*casais de sexo diferente*”⁵, que anteriormente tinham o exclusivo da PMA.

Relativamente à “maternidade subrogada” ou “gestação de substituição”, o legislador nacional veio admiti-la dois meses depois, em Agosto de 2016, num contexto *negocial*, enquanto *objecto* de um negócio jurídico bilateral, cuja celebração — acrescenta a lei de forma algo prosaica — “é feita através de contrato escrito”⁶.

Este contrato de gestação de substituição surge em Portugal como algo *radicalmente novo* no mundo negocial, atendendo à especificidade do seu *objecto*, às particularidades das prestações impostas à gestante e até à delimitação dos sujeitos com legitimidade para contratar. É, desde logo, um contrato “de mulheres”, paradoxalmente assumido entre nós como uma reivindicação (um “direito a procriar”, como defendem alguns⁷) de mulheres, quando em outras paragens é criticado pelos movimentos feministas com fundamento na instrumentalização que pressupõe do corpo da mulher e na exploração que potencia⁸. A gestante é, por imperativo biológico, uma mulher, e um homem ou um

⁴ De facto, o n.º 3 do artigo 4.º referido foi introduzido em Junho de 2016 mas mantiveram-se os n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, que afirmam o seu contrário, criando dificuldades sérias de interpretação do dispositivo.

⁵ V. o artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006.

⁶ V. o artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

⁷ Em Espanha, negando a existência de um direito a procriar com base em técnicas de procriação medicamente assistida, v. ENCARNA SERNA MEROÑO, “Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, cit., pp. 814-817.

⁸ Veja-se, entre outras, JOAN MAHONEY, “An Essay on Surrogacy and Feminist Thought”, in *Law, Medicine & Health Care*, 16, 1-2, Spring, 1988, p. 81 ss. Diferentemente, RICHARD A. POSNER, “The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood”, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5, 1989, pp. 27-28, entende que os argumentos feministas contrários à gestação de substituição — no sentido de que leva a uma instrumentalização da mulher e à exploração económica da sua sexualidade — “não são convincentes” e são paternalistas, desde logo porque idênticas preocupações não são esgrimidas em face dos doadores de esperma. O Autor defende ainda que a posição feminista contra a gestação de substituição reforça o estereótipo anti-feminista no sentido de que “biology is destiny”, e que a possibilidade de celebrar estes contratos de gestação expande o papel tradicional da mulher enquanto dona de casa e mãe, abrindo duas oportunidades não convencionais às mulheres: contratarem outra para suportar por si a gravidez e prestarem a outra o serviço de suportar uma gravidez em sua vez. O Autor conclui manifestando a sua surpresa pelo facto de serem as feministas exactamente aquelas que pretendem fechar a porta a estas “novas oportunidades” (p. 28). Advogando uma visão feminista a favor da gestação subrogada e argumentando que a luta feminista contra estas práticas contraria as posições assumidas anteriormente em matéria de aborto, contracepção, famílias não tradicionais e emprego, v. LORI B. ANDREWS, “Surrogate Motherhood: the challenge for feminists”, in *Law, Medicine & Health Care*, 16, 1-2, Spring, 1988, p. 72 ss., em especial p. 73. Veja-se, porém, a refutação destes argumentos

casal de homens não podem assumir a posição de beneficiários. Não obstante, o Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro, que veio regulamentar a LPMA, refere no seu texto preambular que esta lei veio alargar o âmbito dos seus beneficiários “*garantindo o acesso de todos os casais e todas as mulheres à PMA, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade*”, no sentido de assegurar, acrescenta, o “*princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA*”. Igualdade, acrescentamos nós, entre iguais e não, verdadeiramente, igualdade *constitucional* ou *fundamental* no sentido de não discriminação em função do sexo, uma vez que os homens, não inseridos numa relação heterossexual, não podem recorrer a estes procedimentos⁹.

A posição jurídica do beneficiário será sempre assumida por, pelo menos, uma mulher — que não pode levar avante uma gravidez —, só, casada ou em união de facto, com um homem ou com outra mulher. A gestante obriga-se a suportar uma gravidez e a entregar a criança gerada após o parto. O direito à integridade físico-psicológica da gestante é, assim, (auto)limitado em consequência da gestação e como efeito de um negócio jurídico bilateral. Houve aqui uma opção clara do legislador de chamar esta matéria ao *campo negocial*, em evidente oposição com o enquadramento dado a intervenções legislativas anteriores, nomeadamente no que respeita aos actos que têm por objecto a dádiva ou colheita de órgãos, tecidos e células de origem humana¹⁰, e muito para além do que era tradicionalmente aceite como objecto de um contrato válido neste domínio familiar, onde ainda cabiam de forma pacífica os contratos de aleitamento, mesmo onerosos, não obstante a especificidade da prestação principal decorrente do contrato e a limitação que pressupunha dos direitos de personalidade da “mãe de leite”.

que é feita por JOAN MAHONEY, “An Essay on Surrogacy and Feminist Thought”, pp. 82-84, e A. M. CAPRON e M. J. RADIN, “Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood”, cit., in *Law, Medicine & Health Care*, 16, 1-2, Spring, 1988, pp. 38-41.

⁹ Chama a atenção, numa perspectiva crítica, para o argumento da *desigualdade em face da infertilidade* enquanto fundamento da gestação de substituição, ETIENNE MONTERO, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, in *Persona y Derecho*, n.º 72, 1, 2015, p. 224. A Autora também se refere a uma desigualdade entre casais homossexuais de mulheres e de homens, na medida em que estes últimos têm na maternidade de substituição o único recurso para terem filhos enquanto as primeiras podem recorrer à inseminação artificial. Sobre o argumento da desigualdade em face da infertilidade (ou de outras barreiras que impeçam a formação de uma família, como a idade avançada, um baixo Q.I., ou outras), ver também A. M. CAPRON e M. J. RADIN, “Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood”, cit., p. 38. Também FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ, “Técnicas de reproducción asistida y filiación en uniones homosexuales en España”, in *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões* (coord. HELENA MOTA / MARIA RAQUEL GUIMARÃES), Coimbra, FDUP/CIJE/Livraria Almedina, 2016, pp. 834-838, aponta o facto de os casais homossexuais de homens (ou os homens sós) terem que recorrer necessariamente à maternidade de substituição para terem descendência biológica. Entre nós, critica a discriminação dos casais de homens em relação aos casais de mulheres e aos casais heterossexuais em que a LPMA assenta, MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, in *Julgar Online*, Janeiro 2017, p. 9 (<http://julgar.pt/author/margarida-silva-pereira>).

¹⁰ Cfr. o artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, *infra* nota 16.

A introdução da maternidade subrogada no mundo dos contratos levanta novas questões relativamente à aplicação do regime do negócio jurídico e dos contratos em especial, tendo em conta o *objecto* particular do contrato em causa. Novas questões sobre as quais o legislador terá ponderado, ou não.

2. Autonomia privada, liberdade contratual e contratos de gestação

A esfera contratual consubstancia uma área do direito civil em que a autonomia da vontade apresenta uma especial força conformadora, afirmando-se no seu seio um *princípio de liberdade contratual*, legalmente positivado¹¹. É através da liberdade contratual, nas suas vertentes de liberdade de celebração e de liberdade de composição do conteúdo do contrato, que o indivíduo *exerce* com maior propriedade o seu poder de autodeterminação, compondo livremente os interesses em jogo, *conformando-se e conformando* as relações com os outros¹². Esta liberdade não é, porém, irrestrita.

“*Dentro dos limites da lei*”, começa por prescrever o artigo 405.º do Código Civil português (CC), têm as partes liberdade contratual¹³. O contrato surge, deste modo, *dentro* do sistema jurídico¹⁴ e é por ele tutelado. Configura uma zona de grande liberdade e criatividade dentro do sistema, zona essa delimitada por regras imperativas casuísticas e cláusulas gerais mais fluídas como a que recorre aos conceitos indeterminados da ordem pública e dos bons costumes para a conformação do objecto dos negócios jurídicos, pre-

¹¹ Assim escrevemos em “A conformação da liberdade contratual pela cláusula geral da ordem pública”, in *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar* (dir. M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN), Granada, Comares, 2017, p. 414 e ss. Seguiremos, de perto, neste ponto, o texto referido.

¹² O poder de autodeterminação, enquanto poder de autogestão da esfera de interesses de cada um [ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil* (coord. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES / MARIA RAQUEL GUIMARÃES / MARIA REGINA REDINHA), 3^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 93-94], é reconhecido como poder jurídico e tutelado como tal. Trata-se de um poder jurisdígnico, (*idem*, p. 90 ss.), um poder de cada um criar a sua própria lei, ao *serviço* do livre desenvolvimento das pessoas: assim, CLAUS-WILHELM CANARIS, “A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»”, in *Contratos: actualidade e evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 56. Em sentido próximo, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4^a ed. (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 102-103. No entanto, como bem ressalva ORLANDO DE CARVALHO (*Teoria geral do direito civil*, cit., p. 28), raramente a composição de interesses *inter pares* surge em “estado puro”, “sendo a (...) autonomia sempre uma autonomia relativa, funcionando sempre o poder dos indivíduos como um poder nos limites da ordem jurídica existente, como que conferido ou atribuído por essa ordem externa”; acrescentando de seguida: “é um *posse* baseado num *licere*, ou, para usarmos o rigor da terminologia alemã, é um *können* baseado num *dürfen*”.

¹³ Sobre o princípio da liberdade contratual e seus limites, cfr., por todos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, 5^a reimp. da 10^a ed. (de 2000), Coimbra, Livraria Almedina, 2008, pp. 230-256, e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 107-118.

¹⁴ “O sistema jurídico não se posiciona, por conseguinte, fora e «depois» do contrato (...); “ele é também um antecedente e um pressuposto (...):” JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, pp. 215, 218-222.

vista no artigo 280.º do CC¹⁵.

Foi a cláusula geral contida no artigo 280.º do CC e particularizada no domínio dos direitos de personalidade no artigo 81.º, n.º 1, que permitiu considerar nulos os negócios relativos a órgãos e outras partes destacáveis do corpo humano, antes mesmo da aprovação de legislação especial sobre a matéria¹⁶, com fundamento na contrariedade à ordem pública¹⁷. Também em matéria de procriação medicamente assistida defendia-se que os negócios de “gestação de substituição” ou de “maternidade subrogada” atentavam contra a ordem pública e recaíam no âmbito do artigo 280.º do CC, sendo feridos de nulidade¹⁸, tendo posteriormente, em 2006, o legislador consagrado de forma expressa a sua invalidade, até que, *subitamente, no Verão passado*, estes negócios passaram a ser válidos. Assim, temos que entender que o conceito de ordem pública evoluiu abruptamente no sentido de se ajustar à nova redacção da lei, passando a admitir *contratos* — necessariamente gratuitos e sujeitos a um conjunto apertado de requisitos — que tenham por *objecto* a gestação de uma criança por conta de outrem com a obrigação de a entregar após o parto e a renúncia aos poderes e deveres próprios da maternidade. A ordem pública, neste como em outros casos, adaptou-se de forma necessária às mudanças legislativas evoluindo com elas, independentemente da existência de uma convicção generalizada da bondade das soluções acolhidas e não obstante a inversão completa de soluções, em dias consecutivos, que a alteração legal significou¹⁹.

¹⁵ Sobre o equilíbrio necessário entre a regulamentação casuística, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados com vista à certeza e segurança do direito mas também à sua adaptabilidade face à passagem do tempo, v. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, pp. 113-118.

¹⁶ Referimo-nos à Lei n.º 12/93, de 22 de Abril (com última redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 168/2015, de 21 de Agosto) que regula os actos que tenham por objecto a dádiva ou colheita de órgãos, tecidos e células de origem humana, para fins terapêuticos ou de transplante, bem como às próprias intervenções de transplante (artigo 1.º, n.º 1). Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do mesmo diploma (“*Gratuidade*”), “*a dádiva de órgãos, tecidos e células, para fins terapêuticos ou de transplante, não pode, em nenhuma circunstância, ser remunerada, sendo proibida a sua comercialização*”. Sobre este ponto, já em 1992, v. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português, Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 523, nota 46.

¹⁷ Assim, o nosso “A conformação da liberdade contratual pela cláusula geral da ordem pública”, cit., p. 424.

¹⁸ Condenando os negócios de “mãe hospedeira”, em 1992, com base em *impossibilidade legal*, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português*, p. 523, nota 46.

¹⁹ Curiosamente, esta mudança legislativa de fundo surgiu com escassos meses de antecipação relativamente às alterações introduzidas no Código Civil pela Lei n.º 8/2017, de 3 de Março, que estabelece um novo estatuto jurídico dos animais e os reconhece como seres vivos dotados de sensibilidade e lhes atribui um regime autónomo distinto do regime das coisas. A contratualização da gestação humana, criticada por muitos pela “coisificação” do embrião humano e instrumentalização da mulher que pressupõe, surge, deste modo, num mesmo movimento legislativo que pugnou pela “descoisificação” dos animais. Reconhecendo a simplificação inerente a esta apreciação e a falta de contextualização da sobreposição dos dois diplomas que aqui fazemos, não podemos, ainda assim, deixar de assinalar uma trajectória de certo modo enviesada do legislador nacional. Sobre a instrumentalização e até coisificação dos sujeitos intervenientes nas técnicas de maternidade de

3. Caracterização do contrato de gestação de substituição

Em face do disposto no actual artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), podemos dizer que o “contrato de gestação de substituição” é hoje um contrato nominado, definido pelo legislador como “*qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*”²⁰.

Transcreve-se o texto integral deste normativo:

Artigo 8.º

Gestação de substituição

1. *Entende-se por ‘gestação de substituição’ qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.*
2. *A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.*
3. *A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.*
4. *A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2.*
5. *É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.*
6. *Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.*
7. *A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.*

substituição, v. ETIENNE MONTERO, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, cit. pp. 228-235, bem como A. M. CAPRON e M. J. RADIN, “Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood”, cit., p. 36 ss., referindo-se aos contratos onerosos de gestação. Em sentido distinto, desvalorizando o argumento e concluindo que a legalização dos contratos de maternidade subrogada não terá qualquer efeito significativo nas regras e nos comportamentos sociais, v. RICHARD A. POSNER, “The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood”, cit., pp. 26-27.

²⁰ Na realidade, o contrato aqui em estudo era já um contrato nominado desde 2006, ainda que com um *nomen iuris* distinto — “maternidade de substituição”. O legislador, na nova versão da lei, quis afastar a qualidade de *mater* da gestante, alterando por essa razão o *nomen* do contrato para “gestação de substituição”. Na versão inicial da lei, o contrato de maternidade de substituição era nominado mas nulo, sendo a gestante havida como mãe da criança que viesse a nascer, dada a ausência de efeitos jurídicos do contrato. Sobre esta alteração “terminológica”, v. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, cit., pp. 12-14.

8. *No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei.*
- 9 — *Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.*
- 10 — *A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.*
- 11 — *O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.*
- 12 — *São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.*

A disciplina legal de base que a LPMA confere ao contrato permite identificar a existência de um tipo legal e, deste modo, considerá-lo como uma modalidade típica do contrato de prestação de serviços²¹, pelo qual alguém (uma mulher) se obriga a proporcionar à contraparte (uma mulher, só ou enquanto membro de um casal) o resultado da gravidez por si suportada, sem retribuição. São elementos essenciais do contrato de gestação de substituição a obrigação de suportar uma gravidez; a obrigação de entrega da criança; a gratuitidade do negócio; e a actuação da gestante *por conta* dos beneficiários²².

²¹ A disciplina legal de base de um contrato, que permite vê-lo como um contrato típico, não se basta com uma qualquer regulamentação do contrato, devendo ser suficientemente completa “para dar às partes a disciplina básica do contrato” (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 208) e ir ao encontro do tipo social existente, de modo a que o contrato seja reconhecível “fora (...) do mundo do Direito” (RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 42). O contrato de gestação de substituição é, desde há muito tempo, um contrato *socialmente típico*, sendo reconhecido nos seus caracteres essenciais nas diferentes sociedades, independentemente da sua consagração pelo direito, da sua validade e aceitação social. A título meramente exemplificativo, vejam-se as noções avançadas por RICHARD A. POSNER, “The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood”, cit., p. 21, RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, “Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality”, in *Bioethics*, v. 29, n.º 8, 2015, p. 529, ETIENNE MONTERO, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas” cit., p. 224, ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, “La gestación por sustitución en España: un debate abierto”, cit., pp. 759-760. Este contrato pode, ainda assim, enquadrar uma “fenomenologia complexa”, como adverte ALESSANDRA CORDIANO, em “La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali” [*in Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões* (coord. HELENA MOTA / MARIA RAQUEL GUIMARÃES), Coimbra, FDUP/CIFE/ Livraria Almedina, 2016], pp. 741-743, consoante as partes no contrato sejam ou não fornecedoras do material genético que irá dar origem ao embrião que a gestante irá suportar.

²² Não tomamos aqui partido no sentido da adopção da doutrina tradicional dos *essentialia negotii* como critério de qualificação dos contratos, limitando-nos a apontar os elementos em que a noção escolhida pela lei se decompõe. Sobre a doutrina dos *essentialia* e sua apreciação crítica, v. RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, cit., pp. 79-90.

Celebrado validamente um contrato de gestação de substituição, os efeitos jurídicos da actuação da gestante irão repercutir-se directamente na esfera dos beneficiários. Estes beneficiários são tidos como mães/pais da criança.

O contrato agora regulado é um contrato obrigacional, do qual decorrem duas obrigações principais para apenas uma das partes, a gestante. Concretamente, a gestante obriga-se a suportar uma gravidez e obriga-se também a entregar a criança, após o parto. Obriga-se, portanto, a um *facere*, num primeiro momento, e, posteriormente, a um *dare*, para utilizar a distinção clássica entre prestações de meios e prestações de resultado.

O contrato é, necessariamente, gratuito, proibindo a lei “qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança”, actuando, a gestante, com espírito de liberalidade, com o altruísmo próprio de quem quer proporcionar a outrem a possibilidade de ser mãe de uma criança gerada propositadamente para o efeito, não se verificando a alternativa de a beneficiária suportar ela própria a gravidez²³. Ao contrário do que acontece noutros sistemas, as obrigações assumidas pela gestante não têm uma contrapartida a proporcionar pelos beneficiários da gestação.

O contrato de gestação de substituição não é, porém, um contrato unilateral puro. O contrato começa por gerar apenas obrigações para uma das partes mas havendo despesas inerentes à gravidez suportada pela gestante surgirá a obrigação de reembolso dessas mesmas despesas. Estaremos perante um contrato *bilateral imperfeito* em que não existe um nexo de corresponsabilidade entre as prestações das partes, um sinalagma, uma vez que o reembolso das referidas despesas não constitui contrapartida da actividade desenvolvida pela gestante, pelo que não serão aqui aplicáveis os institutos próprios dos contratos sinalagmáticos, nomeadamente a excepção de não cumprimento²⁴.

O contrato de gestação agora regulado é ainda um contrato formal, exigindo a lei a sua celebração através de documento escrito e exigindo também a inclusão no documento de um conteúdo mínimo cuja omissão é cominada com a nulidade do contrato. De acordo com o n.º 10 do artigo 8.º, o contrato deve conter as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez²⁵.

A lei delimita também o conteúdo do contrato pela negativa, assinalando, por outro lado, o que o contrato “*não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade*”²⁶. Disciplina-se, deste modo, o conteúdo do contrato, quer positivamente quer de forma negativa, pretendendo o legislador salvaguardar a liberdade da gestante, obviando à introdução de cláusulas contratuais que ponham em causa, nomeadamente, o seu direito à liberdade física, psicológica, sexual.

²³ Nos termos do n.º 2 do artigo 8.º do diploma em análise, a gestação de substituição tem natureza “*excepcional*”, só sendo possível “*nos casos de ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem*”. No que respeita à gratuitidade do negócio, v. os n.ºs 2 e 5 do artigo 8.º.

²⁴ Sobre os contratos bilaterais imperfeitos v. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, Coimbra, Livraria Almedina, 1992 (reimp), pp. 43-44.

²⁵ Cfr., *infra*, n.º 5, o que é dito sobre este ponto.

²⁶ Cfr. o n.º 11 do artigo 8.º da LPMA.

4. Informação pré-contratual e requisitos para a celebração do contrato

A celebração de um contrato de gestação de substituição deverá ser *supervisionada* pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, nos termos do n.º 10 do artigo 8.º da LPMA, entidade que, simultaneamente, *supervisiona todo o processo*²⁷ e que deverá, também, previamente, *autorizar* a celebração do mesmo contrato²⁸. A Ordem dos Médicos, por outro lado, deverá sempre, em cada caso, ser ouvida²⁹.

Antes mesmo de o contrato ser celebrado, a lei exige que uma série de informações sejam prestadas às partes. Adoptando neste contexto aquela que é uma nota constante nos diplomas modernos de protecção do consumidor, o legislador vem inserir aqui a necessidade de informar os contraentes no que respeita a aspectos diversos considerados necessários para uma formação da vontade negocial esclarecida, previamente à conclusão do contrato.

Por remissão expressa do n.º 8 do art. 8.º, é aplicável ao contrato de gestação de substituição o disposto no artigo 14.º da LPMA: nos termos deste normativo, os beneficiários devem receber, antecipadamente, informação escrita “*de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas*”³⁰, informação essa que deverá constar de um documento aprovado pelo mesmo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida que supervisiona a celebração do contrato. Dever-se-á aqui entender que estas informações têm que ser prestadas a ambas as partes no contrato de gestação, adaptando a letra da lei ao facto de estarmos, neste caso, perante um negocio jurídico bilateral e, medicamente, um procedimento que envolve dois “pacientes”. No entanto, no n.º 5 do mesmo artigo 14.º, o legislador, parecendo esquecer a remissão que fez anteriormente do artigo 8.º para o artigo 14.º, vem acrescentar que o disposto anteriormente “é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º”. Não nos parece, porém, que esta menção expressa (e exclusiva) à gestante de substituição afaste a necessidade de prestar a informação referida sobre benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA e, sobretudo, informação sobre “*as suas implicações éticas, sociais e jurídicas*” também aos beneficiários da maternidade subrogada. O sentido do inciso que vem impor a prestação de informação à gestante de substituição será o de somar esta informação à informação prestada já aos beneficiários, embora este direito à informação da gestante já resultasse da remissão do artigo 8.º, n.º 8, que manda aplicar o artigo 14.º “*com as devidas adaptações*”.

²⁷ Cfr. o n.º 4 do mesmo artigo 8.º da LPMA.

²⁸ *Idem, ibidem*. Tendo em consideração o conjunto de competências atribuídas ao Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida (artigo 30.º, n.º 2), à sua composição e funcionamento (artigos 31.º e 32.º), poder-se-á legitimamente questionar de que forma estes poderes de supervisão serão efectivamente concretizados.

²⁹ Cfr. o n.º 4 do art. 8.º.

³⁰ Cfr. o n.º 2 do artigo 14.º.

A lei impõe, por outro lado, a necessidade de prestação de informação escrita — agora, especificando, à gestante e aos beneficiários — sobre o “*significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal*”³¹. E ainda, como resulta da remissão do artigo 8.º, n.º 9, para o artigo 12.º, alíneas c) e e), informação “*sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos*” e sobre as “*condições em que lhes seria possível recorrer à adopção e da relevância social deste instituto*”, repetindo, de forma parcial, o disposto no artigo 14.º já referido.

Compreende-se a preocupação do legislador em consciencializar as partes no contrato de gestação de substituição relativamente ao significado e efeitos do negócio a celebrar e em assegurar que as partes estão preparadas para os enfrentar — como se percebe pela imposição de uma avaliação psicológica prévia em determinados casos³² —, embora se possa questionar a bondade da solução de adoptar formulários impressos para o efeito. Facilmente os intervenientes irão “aderir” às informações recebidas, declarando terem “lido e percebido” o seu significado, consentindo no procedimento respectivo, não resultando daí um maior esclarecimento. Outra dúvida que se poderá colocar prende-se com os *conteúdos* que irão integrar os referidos formulários, nomeadamente quais as “implicações éticas e sociais” do contrato que irão ser realçadas aos contraentes ou qual o “significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal” que lhes será explicado. Existindo certamente estudos científicos sobre os temas a informar, não parece ser demasiado fácil o tratamento desta informação de forma concisa, clara, acessível e não redutora, em suma, de modo a dar um sentido útil aos normativos indicados.

5. O consentimento dos intervenientes

O direito à informação pré-contratual que a lei consagra procura assegurar, tal como já foi assinalado, o cabal esclarecimento dos intervenientes de modo a salvaguardar a liberdade do processo de formação da vontade negocial³³.

A submissão a tratamentos médicos em geral e, no caso concreto, a aplicação de métodos de procriação medicamente assistida, contende com bens da personalidade juridicamente protegidos. Desde logo está em causa o direito à integridade físico-psíquica não só dos beneficiários dos tratamentos respectivos mas também dos demais envolvidos no procedimento. Concretamente, no caso do contrato de gestação, são convocados os direitos à integridade físico-psicológica da gestante, dos beneficiários — na medida em que o material genético utilizado seja deles — e, eventualmente, de um dador de mate-

³¹ Cfr. o n.º 6 do artigo 14.º da LPMA.

³² Como resulta do n.º 4 do artigo 5.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro, caberá ao director do centro de PMA decidir quando “*se mostra necessário*” realizar uma avaliação psicológica prévia dos intervenientes. A recusa destes na realização desta avaliação legitima a não aplicação das técnicas de PMA (*idem*, n.º 5).

³³ De acordo com o n.º 1 do artigo 14.º, para o qual remete expressamente, como assinalámos, o artigo 8.º, n.º 8, os intervenientes “*devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, mediante o médico responsável*”.

rial genético³⁴. Através do contrato de gestação, as partes prestam o seu consentimento para uma intervenção no seu corpo, autolimitando o direito à incolumidade do corpo e autolimitando a sua liberdade, pelo exercício da própria autonomia privada.

No contexto dos direitos de personalidade, prevê o artigo 81.º, n.º 1, do CC, que “*toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública*”. A ordem pública surge, desta forma, como uma linha de fronteira que demarca o espaço dentro do qual a pessoa pode autolimitar os seus direitos de personalidade, independentemente do consentimento em causa ser prestado num contexto negocial (*maxime* contratual) — consentimento *vinculante* — ou reflectir um compromisso jurídico *sui generis* pelo qual se confere a outrem um poder *fáctico* de agressão mas ainda não um direito subjectivo com esse conteúdo — consentimento *autorizante*³⁵.

Na hipótese sobre a qual nos debruçamos, o consentimento que se exige aos intervenientes corresponde à declaração de vontade que integra o contrato de gestação de substituição, através do qual se limita o direito à integridade física e o direito à liberdade, atribuindo aos beneficiários um direito subjectivo de exigir o comportamento correspondente. O consentimento que se exige à gestante é um consentimento vinculante e o consentimento prestado por um eventual terceiro, dador de material genético, bem como pelo beneficiário cujo material genético é utilizado, é um consentimento autorizante, utilizando a terminologia de Orlando de Carvalho.

Quanto à revogabilidade do consentimento, o mesmo artigo 81.º do CC, agora n.º 2, prevê que “*a limitação voluntária [dos direitos de personalidade], quando legal, é sempre revogável*”. Por sua vez, o n.º 4 do artigo 14.º da LPMA, diz-nos que o consentimento “é livremente revogável por qualquer das partes até ao início dos processos terapêuticos de PMA”. Assim, não haverá dúvidas de que os intervenientes poderão revogar o consentimento prestado até ao início do procedimento médico, muito embora esta revogação configure um incumprimento contratual, que gerará a correspondente pretensão indemnizatória da contraparte, sempre que sejam causados danos.

Iniciado o processo terapêutico, questiona-se se a gestante manterá a possibilidade de revogar a vontade expressa de suportar a gestação ou se, pelo seu lado, poderão os beneficiários “mudar de opinião” relativamente à sua vontade inicial de serem pais. Desde logo, como já observamos, o próprio texto legal exige a inclusão no contrato das *disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de*

³⁴ Nos termos do n.º 3 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “*A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante*”. Assim, não poderemos ter, nestes casos, dois dadores de material genético *terceiros* em relação ao contrato de gestação. Por outro lado, uma mulher só, poderá apenas recorrer ao procedimento na medida em que forneça o seu próprio material genético.

³⁵ Remetemos neste ponto para a qualificação tripartida do consentimento do ofendido levada a cabo por ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 205, e que distingue consentimento vinculante, consentimento autorizante e consentimento tolerante.

*eventual interrupção voluntária da gravidez*³⁶. A questão que aqui se levanta é a de saber que disposições se podem então incluir no contrato a este propósito. A lei ao especificar a necessidade de as partes no contrato regularem este ponto parece indiciar que também os comitentes teriam a sua intervenção no processo de decisão de interrupção da gravidez. Estaríamos perto do modelo da “subrogação comercial”, no qual o contrato distribui os direitos e obrigações das partes e o Estado garante a tutela das respectivas posições jurídicas activas³⁷. No entanto, no nosso sistema, não obstante a contratualização da gestação de substituição, haverá que ter em conta os limites impostos à autonomia das partes, nomeadamente pela lei e pelas regras que conformam a ordem pública nacional³⁸.

Se a decisão de proceder a uma interrupção voluntária da gravidez nos casos admitidos pela lei penal, nomeadamente em caso de doença grave incurável do nascituro ou malformação congénita, até às 24 semanas de gravidez ou, de forma livre, por opção da mulher, até às 10 semanas de gravidez³⁹, cabe — ou coube, até agora — à mulher *grávida* (do seu filho), no caso da maternidade de substituição já se poderá questionar se também será assim. Nesta hipótese *o filho não é seu*⁴⁰.

A coercibilidade de um acordo alcançado neste domínio reconduz-nos, então, para a questão de saber se as possibilidades de interrupção voluntária da gravidez admitidas na lei assentam numa relação genética existente entre a grávida e o feto ou antes no direito da grávida à integridade física⁴¹. Claramente se deverá entender que o que está em causa é a integridade física da grávida e o seu controlo sobre o seu corpo. De outro modo, ter-se-ia que negar a possibilidade de aborto àquela mulher a quem foi implantado um embrião criado com material genético de terceiros contra a sua vontade. Por outro lado, a valorização da relação genética com o feto levaria à intervenção do pai na decisão de interrupção da gravidez, o que não acontece no nosso sistema.

Na medida em que o bem jurídico valorizado pela lei penal é o da integridade e liberdade físico-psíquica da grávida — e esta é a única justificação para a despenalização do aborto *ad nutum* nas primeiras 10 semanas — não se vê como o contrato de gestação pode dispor de forma diferente ou se possa admitir uma renúncia antecipada à possibili-

³⁶ Cfr. o n.º 10 do artigo 8.º da LPMA.

³⁷ RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, “Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality”, cit., pp. 530-533, bem como, das mesmas autoras, “Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model”, in *Bioethics*, 27, n.º 7, 2013, pp. 377-379.

³⁸ Desde logo, e ao contrário do que acontece na subrogação comercial admitida nomeadamente em alguns Estados dos Estados Unidos da América, o contrato em causa é, entre nós, necessariamente gratuito e a sua celebração pressupõe o espírito altruístico da gestante. Não se trata de “comprar” ou, pelo menos, “pagar” uma gestação, obtendo o corresponsivo resultado dessa prestação. Ainda assim, é alcançado um acordo para o cumprimento do qual o direito é convocado.

³⁹ Cfr. as alíneas c) e e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal Português.

⁴⁰ Este ponto é salientado por RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, “Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality”, cit., pp. 529-530. O filho não é seu ou *não será seu*, precisamos nós, consoante se entenda que o momento em que se estabelece a filiação se reporta ao início do procedimento ou ao nascimento. Sobre esta questão, *vide* o que dizemos *infra*, n.º 6, *in fine*.

⁴¹ Sobre esta questão, v. RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, “Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality”, cit., p. 532.

dade de interrupção da gravidez. A barreira da ordem pública parece preterir quaisquer cláusulas em sentido distinto.

Do mesmo modo, ter-se-ão que considerar inválidas as cláusulas do contrato de gestação que introduzam restrições de condutas da gestante, no que toca ao seu estilo de vida, alimentação, medicação, hábitos desportivos, actividade sexual⁴². O princípio da boa fé no cumprimento dos contratos não parece aqui justificar um comportamento abstencionista que se traduza numa limitação ao direito (também de personalidade) à liberdade positiva e negativa da gestante.

Poderá também acontecer que em face de um diagnóstico de malformação ou doença grave os comitentes queiram interromper a gravidez e a gestante se recuse a fazê-lo⁴³. Desde logo, seria muito difícil definir no contrato todos os casos de malformações e doenças (e o seu grau de gravidade) em que o aborto deverá ser feito, no sentido de permitir aos beneficiários accionar as cláusulas contratuais e exigir o aborto. Por outro lado, temos o problema adicional se saber qual o destino a dar à criança se a gestante consegue fazer valer o seu propósito de levar a gravidez até ao final, tendo em conta que esta não será a sua mãe biológica e os comitentes já manifestaram a sua intenção de não querer criar uma criança com os problemas detectados.

Ainda assim, uma sentença judicial que viesse reconhecer a obrigação de uma mulher de realizar um aborto ou viesse negar a possibilidade de esta abortar com fundamento no cumprimento de uma cláusula do contrato de gestação de substituição a que aquela se vinculou ultrapassaria os poderes de intervenção do Estado no domínio da autodeterminação da pessoa⁴⁴. A decisão de realizar ou não um aborto em determinadas circunstâncias não pode ser objecto de um contrato válido. Nessa medida, a imposição legal do n.º 10 do art. 8.º da LPMA de os contraentes estipularem as “*disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de interrupção voluntária da gravidez*” não pode pretender mais do que obrigar a transcrever o prescrito na lei sobre a matéria e regular a questão das despesas inerentes. A não ser assim, o contrato estaria a violar a regra consagrada pelo legislador logo no número seguinte, no n.º 11 do mesmo normativo, impondo “*restrições de comportamentos à gestante de substituição*”, bem como “*normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade*”.

Poderá ainda acontecer que uma das partes repense os termos do contrato e pretenda revogar a sua vontade de entregar a criança, ou de a receber, após o parto, consoante seja a parte “arrependida” a gestante ou os beneficiários. Neste caso, nos termos da LPMA, a filiação já se encontra estabelecida a favor dos beneficiários pelo que o problema deixa de ser um problema de direito dos contratos e passa para o direito da família, a ser resolvido nas instâncias judiciais próprias. Do mesmo modo, deverão os tribunais de família esta-

⁴² Parece ser esse o sentido do n.º 11 do artigo 8.º da LPMA.

⁴³ Veja-se o que se passou nos EUA com o caso Crystal Kelley, em que a gestante acabou por levar a gravidez até ao final e dar a criança para adopção de um terceiro: RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, “Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality”, cit., pp. 531-532.

⁴⁴ Assim, também, JOAN MAHONEY, “An Essay on Surrogacy and Feminist Thought”, cit., p. 83. Em sentido próximo, ALESSANDRA CORDIANO, em “La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali”, cit., pp. 744-745.

belecer quem fica com a guarda da criança se entretanto os comitentes se divorciarem ou se separarem, não sendo tarefa fácil determinar em que sentido irá o interesse da criança, e a questão se colocar em moldes claramente distintos daqueles que se verificam depois de um parto da mãe divorciada ou separada. Certo é que o contrato não poderá ser resolvido com base numa alteração anormal das circunstâncias, desde logo não se verificando os requisitos de excepcionalidade ou anormalidade necessários à relevância de um juízo errado ou de optimismo irrealista quanto a uma felicidade eterna⁴⁵.

6. A (in)validade do contrato de gestação de substituição

A conclusão de um contrato de gestação de substituição pressupõe a capacidade jurídica de ambas as partes: “*As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica*”⁴⁶. Só assim se assegura o discernimento necessário à formação de uma vontade livre e esclarecida.

A referência feita na lei à capacidade dos “*beneficiários*” tem que ser adaptada, neste caso do contrato de gestação, no sentido de se aplicar também à gestante de substituição, lendo-se “*beneficiários*” como “*intervenientes*” nos procedimentos médicos. Este negócio está vedado aos menores, interditos e inabilitados por anomalia psíquica, não podendo a sua incapacidade ser suprida pelos institutos da representação ou assistência uma vez que estamos em face de actos de natureza pessoal. Verdadeiramente não se verifica aqui uma incapacidade *de agir* mas uma incapacidade de gozo de direitos, uma *proibição absoluta* dirigida a certas pessoas de realizarem os negócios de gestação de substituição sob pena de *nulidade* — e não anulabilidade — destes negócios. A intervenção dos pais enquanto representantes da menor, no contrato de gestação, não permite ultrapassar a falta de um requisito de validade *insuprível*, que é a capacidade jurídica. Assim, a menor que consente em suportar uma gravidez por conta de outrem celebra um contrato nulo.

São também nulos os negócios de gestação de substituição “*gratuitos ou onerosos*” que não respeitem o disposto no artigo 8.^o⁴⁷. Assim, serão nulos os contratos com este objecto que sejam onerosos; celebrados sem que se verifiquem as razões médicas excepcionais especificadas na lei; sem recurso a gâmetas de qualquer dos beneficiários ou com recurso a ovócito da gestante de substituição; quando existir uma relação de subordinação económica entre as partes; com preterição da forma escrita; sem a menção das disposições

⁴⁵ Colocamos a hipótese em termos abstractos, embora a excessiva onerosidade no cumprimento do contrato exigida pelo artigo 437.^o do Código Civil não tenha que ser meramente patrimonial e o instituto da alteração das circunstâncias não seja privativo dos contratos com natureza patrimonial. Ainda assim, a relevância absolutamente excepcional que a lei confere a um *error in futurum* parece ser incompatível com o resultado de facto a que se chegaria com a destruição, neste caso, dos efeitos do contrato, concretamente a incerteza quanto ao destino da criança resultante do procedimento de gestação de substituição. Sobre o instituto da alteração das circunstâncias v., por todos, MARIANA FONTES DA COSTA, *Da alteração superveniente das circunstâncias — em especial à luz da dogmática dos contratos bilateralmente comerciais* (dissertação de doutoramento), Porto, FDUP, 2015.

⁴⁶ Cfr. o n.º 2 do artigo 6.^o da LPMA.

⁴⁷ Cfr. o n.º 12 do artigo 8.^o do diploma em análise.

a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez; com preterição dos requisitos de informação prévia dos intervenientes ou de autorização prévia, supervisão ou consulta das entidades referidas na lei; ou ainda, que restrinjam os comportamentos da gestante ou imponham normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

Sendo o contrato nulo, não se produzem quaisquer efeitos jurídicos ainda que se possam verificar, e neste caso com especial relevância, efeitos *de facto*. As prestações já realizadas deverão, por sua vez, ser devolvidas, o que levanta especiais problemas na medida em que a gestante entregou *uma criança* em cumprimento do contrato nulo, sendo ressarcida das despesas inerentes à gestação e parto⁴⁸.

A ineficácia jurídica do negócio deixa em aberto a questão da filiação da criança que nasce, nomeadamente, em consequência de um acordo informal, de um procedimento médico clandestino ou, simplesmente — hipótese eventualmente mais frequente — de um contrato remunerado, havendo simulação relativa objectiva quanto à natureza gratuita do negócio⁴⁹.

A resposta à questão de saber de quem seria o filho em caso de celebração de um negócio nulo de gestação de substituição era dada na versão original do artigo 8.º da LPMA, onde se afirmava que a “mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”⁵⁰. Esta solução surgia num contexto legal em que os contratos de gestação eram necessariamente nulos. Depois de cominar com a nulidade a “maternidade de substituição”, o legislador esclarecia que à produção de efeitos de facto do contrato nulo não era associado qualquer efeito jurídico em termos de filiação.

Com a alteração da perspectiva legal em matéria de maternidade de substituição, o legislador veio afirmar que “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários”⁵¹. Porém, parece claro que esta atribuição de consequências jurídicas em matéria de filiação ao contrato de gestação não significa que se tenha consagrado com a última alteração legislativa o princípio inverso daquele que vigorava anteriormente ou, sequer, que a solução preteritamente afirmada tenha deixado de valer no contexto do novo espírito da lei.

O normativo transcrito que atribui a filiação aos comitentes pressupõe a celebração de um contrato de gestação de substituição *válido*, produtor de efeitos jurídicos. Embora o

⁴⁸ Põe em evidência a desadequação do regime da nulidade neste campo, precisamente pelas suas consequências radicais, ALESSANDRA CORDIANO, em “La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali”, cit., p. 744. Na media em que a nulidade pode ser invocada a todo o tempo, a “devolução” inerente poderá ser exigida passado um período considerável desde a “entrega” inicial, o que neste caso não deixará de ser problemático.

⁴⁹ Neste último caso, de acordo com o artigo 240.º, n.º 2, do CC, o negócio gratuito simulado é nulo e o negócio (oneroso) dissimulado ou oculto é também nulo por aplicação das regras da LPMA e nos termos do n.º 1 do artigo 241.º do CC.

⁵⁰ Cfr. o n.º 3 do artigo 8.º da LPMA na sua versão primitiva, que vigorou até 1 de Setembro de 2016.

⁵¹ Cfr. o actual n.º 7 do artigo 8.º.

elemento sistemático não seja decisivo para a interpretação da lei, não podemos deixar de assinalar que esta regra da filiação surge no n.º 7 do artigo 8.º, entre as várias condições e requisitos de validade do contrato de gestação e não a rematar o preceito, depois de definida a consequência da nulidade em caso de preterição dos elementos elencados. Na versão original da lei, reafirma-se, a regra da maternidade da gestante era consequência da nulidade do contrato. Agora, a regra contrária não pode ser desligada da radical mudança de posição do legislador sobre a validade do contrato.

A atribuição de eficácia jurídica a um contrato que dela carece teria que decorrer de forma clara da lei, o que nesta hipótese não se verifica. A nulidade do contrato não pode deixar de ter como consequência, também hoje, a maternidade da gestante⁵². Embora esta nulidade possa ser provocada pela preterição de requisitos considerados “menores” para a validade do contrato — ainda que esta *hierarquização* dos requisitos seja mais do que discutível tendo em conta, por exemplo, os interesses que se visam acautelar com as informações a prestar, a forma das declarações, etc.⁵³ — ela também pode decorrer do facto de a gestante ser a mãe biológica da criança ou ter recebido um preço como contrapartida do serviço prestado. Nestas hipóteses, não podemos perder de vista que os beneficiários do contrato nulo poderão ter que cumprir uma pena de prisão até um ou dois anos, respectivamente, solução que parece ser pouco compatível com a atribuição de efeitos jurídicos ao contrato, já para não mencionar a sua difícil articulação com o interesse da criança assim nascida.

Poderá também acontecer que o contrato de gestação humana seja celebrado nos estritos termos previstos na LPMA mas, não obstante, enferme de um outro vício que conduza à sua invalidade. Poderão estar aqui em causa outras faltas ou vícios da vontade, para além da hipótese já referida de simulação relativa objectiva. Desde logo, uma situação aqui plausível e que esteve certamente na mente do legislador quando proibiu os negócios onerosos, é a de exploração de um eventual estado de necessidade da gestante, passível de ser enquadrada no artigo 282.º do CC e conduzir à anulabilidade do contrato. Ainda que a gestante não possa receber qualquer pagamento ou a doação de qualquer bem como contrapartida do serviço prestado, são facilmente pensáveis outras compensações que venham a beneficiar a gestante ou os seus próximos e que possam funcionar como incentivo ao negócio numa situação de necessidade extrema, assim explorada de forma excessiva ou injustificada.

Uma outra hipótese que o legislador parece ter representado prende-se com a possibilidade de a gestante dar o seu consentimento sob coacção moral. A proibição de contratos de gestação entre aqueles que se encontrem numa relação de subordinação económica “no-

⁵² Assim, também, MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, cit., pp. 13-14.

⁵³ Uma certa hierarquização dos requisitos impostos à celebração de um contrato de gestação de substituição válido parece, ainda assim, decorrer da própria lei, concretamente do seu art. 39.º, que atribui relevância penal apenas à preterição do disposto nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º. Compreende-se, deste modo, a inserção sistemática da regra do n.º 7 que analisamos, que surge depois de elencados os requisitos “maiores” da validade do contrato. Não obstante, a consequência da nulidade afirmada no n.º 12 não distingue.

*meadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços*⁵⁴, terá pretendido evitar vontades forjadas dos que estando numa situação de dependência — de *temor reverencial* — podem mais facilmente ser ameaçados ilicitamente com um mal que apenas tenha como alternativa a celebração do contrato. A declaração obtida mediante coacção moral é anulável⁵⁵.

As declarações de vontade das partes podem ainda ser viciadas por erro — pense-se na beneficiária que apenas contrata depois de obter um diagnóstico, errado, de infertilidade — ou mesmo por dolo — se o mesmo diagnóstico de infertilidade é “fabricado” com o intuito de enganar a beneficiária —, entre muitas outras hipóteses. Sempre que a existência de um vício ou falta de vontade relevante conduza à anulabilidade do contrato, coloca-se novamente a questão de saber quem é tida como mãe da criança que venha a nascer em consequência do contrato anulado. A anulação do contrato tem como consequência a destruição retroactiva dos seus efeitos. Mas, mais uma vez, os efeitos *de facto* que perduram neste caso traduzem-se no nascimento de uma criança.

Se o contrato começou por produzir os seus efeitos e se a criança nasceu, ela é tida por filha dos beneficiários. Porém, se o contrato é posteriormente anulado, os efeitos jurídicos do contrato são destruídos retroactivamente, *como se este nunca tivesse sido celebrado*⁵⁶. Ora, se o contrato nunca tivesse sido celebrado, os comitentes nunca seriam pais da criança mas também a gestante não teria suportado a gravidez. Se o contrato é anulado antes do parto, os beneficiários podem inclusive não chegar a ser pais da criança, se entendermos que a filiação está dependente do nascimento.

Esta é uma outra questão que a lei não resolve: a de saber qual o momento determinante para o estabelecimento da filiação, concretamente o momento do nascimento completo e com vida, correspondente ao do reconhecimento da personalidade jurídica da criança nascida, ou em momento anterior, eventualmente o do início da gestação. De uma forma prosaica, pretende-se saber *de quem é o filho* que está a ser gerado. O problema não é meramente teórico e pode ter significativa relevância patrimonial. Na medida em que o nascituro pode adquirir por doação, sendo filho de pessoa *determinada*, e tem capacidade sucessória nos diferentes tipos de sucessão⁵⁷, nomeadamente é herdeiro legítimo, parece ter que se entender que o nascituro já é, para estes efeitos, o *filho* que os beneficiários do contrato de gestação (válido) esperam⁵⁸. Situação que reverterá, no caso de destruição retroactiva dos efeitos do contrato anulado.

⁵⁴ Cfr. o n.º 6 do artigo 8.º cit.

⁵⁵ Cfr. os artigos 255.º e 256.º do CC.

⁵⁶ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português, Teoria geral do direito civil*, cit., p. 590.

⁵⁷ Cfr. os artigos 952.º, n.ºs 1, e 2, e 2033.º, n.ºs 1 e 2, do CC.

⁵⁸ Nos termos do n.º 2 do artigo 2240.º do CC, a administração da herança dos nascituros “*competete a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido*”, ou seja, na nossa hipótese, aos comitentes.

7. Outros problemas deixados em aberto. A prestabilidade do regime do mandato como regime integrador das lacunas do contrato de gestação de substituição

Caracterizado o contrato de gestação de substituição como uma modalidade do contrato de prestação de serviços, podemos interrogar-nos em que medida o regime do contrato de mandato, enquanto regime paradigmático da prestação de serviços, poderá ser convocado para integrar as lacunas do contrato de gestação de substituição. Tal como acontece no mandato, a gestante presta aos comitentes um serviço por conta de outrem, com a especialidade de este serviço ser a gestação de um ser humano, conferindo-lhe um carácter *sui generis*.

Sendo o contrato de gestação de substituição necessariamente gratuito, a gestante tem direito ao reembolso de despesas “*decorrentes do acompanhamento de saúde efectivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio*”⁵⁹. O critério de apuramento das despesas elegíveis para reembolso poderá ter em conta o disposto no artigo 1167.º, alínea *b*), do CC — “*fundadamente (...) consideradas indispensáveis*” —, contando-se os juros de mora legais desde a data em que as despesas foram efectuadas. Poder-se-á discutir, por outro lado, se o não pagamento das despesas decorrentes da gestação será motivo para a não entrega da criança depois do parto, não obstante a inexistência de correspectividade das duas prestações, tendo em conta o direito de retenção consagrado no artigo 755.º, n.º 1, alínea *c*), do CC.

A gestante estará obrigada a prestar as informações que forem sendo solicitadas pelos comitentes quanto ao seu estado de saúde bem como o do feto, em função dos exames que forem sendo realizados, e terá que comunicar “*com prontidão*” a ocorrência do parto ou da interrupção da gravidez, voluntária ou involuntária, como parece decorrer do artigo 1161.º, alíneas *b*) e *c*), do CC.

Mais difícil será a defesa da caducidade do contrato em caso de morte da comitente/dos comitentes, à semelhança do que ocorre com a morte do mandante⁶⁰. A caducidade do contrato deixaria em aberto o problema da filiação, embora a solução da entrega da criança após o parto aos herdeiros dos beneficiários — que podem ser completamente alheios e até contrários ao processo de gestação de substituição — também não seja satisfatória e nem sequer evita a necessidade de um processo de tutela.

8. Reflexões finais

Da análise encetada, ainda que meramente fragmentária e no realizada sob a “onda de calor” da recente publicação das alterações legislativas sobre as quais versamos, é possível retirar que são muitas as questões deixadas sem resposta pelo legislador, tornando o novo contrato de gestação “solo fértil” tanto para aprofundados desenvolvimentos doutrinários como para considerações especulativas nas conversas do dia-a-dia.

⁵⁹ Cfr. n.º 5 do artigo 8.º da LPMA.

⁶⁰ Cfr. o artigo 1174.º, alínea *a*), do CC.

Parece-nos claro que, entre nós, o contrato de gestação humana não pode ser analisado numa lógica pura de mercado, como pretendem as teorias ultra-liberais americanas. A admissibilidade de contratos *onerosos* de gestação, como resposta à existência de oferta e de procura neste domínio não salvaguarda os princípios estruturantes do nosso sistema jurídico, justificado e balizado pelo primado da protecção da pessoa e dos seus direitos de personalidade. O pagamento de uma contraprestação pecuniária pelo serviço de gestação ofende o nosso sentimento ético-jurídico. A proibição de contratos de gestação onerosos não resulta de uma “jurisprudência da inveja”, nem se justifica com base numa hostilidade perante os mercados ou no medo face às novidades⁶¹. Justifica-se com base nos princípios de ordem pública.

Optando por um outro caminho, a solução do legislador de “importar” a gestação de substituição para o domínio contratual, regulando-a como um negócio jurídico bilateral *gratuito*, ainda que com especificidades que naturalmente irão condicionar o regime jurídico aplicável, parece levantar mais problemas do que propriamente proporcionar um conjunto de soluções adequadas e eficientes para as questões debatidas. São, em muitos casos, evidentes os limites das normas contratuais e a sua desadequação neste campo, nomeadamente a ineficiência das regras da nulidade do negócio para todas as situações que a lei comina com tal consequência⁶². Ainda assim, estas normas são, no caso, incontornáveis, salvo alteração legislativa que venha dispor de modo diferente.

A integração das lacunas contratuais com as regras do direito dos contratos e do contrato de mandato em particular, e com o regime dos negócios jurídicos em geral, deverá ter em atenção os bens jurídicos que aqui são ameaçados e os interesses em conflito e não ser desencadeada automaticamente, com base numa aplicação silogística da lei.

Não é, porém, possível deixar de retirar consequências da *contratualização* da actividade de gestação humana. Um contrato não é um acordo de cortesia nem sequer um acordo de honra e as obrigações jurídicas distinguem-se das obrigações sociais e morais. O direito não se pode alhear deste novo contrato. Ao direito cabe fiscalizar o seu conteúdo, resultante, dentro dos apertados limites legais, do jogo da autonomia das partes, e cabe acautelar o seu cumprimento, observando aquelas que são as traves-mestras do nosso ordenamento, concretamente o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos seus direitos de personalidade.

⁶¹ Cfr. RICHARD A. POSNER, “The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood”, cit., p. 30, referindo-se, no contexto americano, às razões que poderiam justificar a proibição da celebração destes contratos. A “jurisprudência da inveja” traduz-se, de acordo POSNER, em proibir o contrato de gestação com base no argumento de que dificilmente comitentes com menores recursos económicos irão contratar mães gestantes com rendimentos mais altos, pelo que o contrato potenciará a exploração dos mais pobres pelos mais ricos. O A. contrapõe que uma lei que proíba a gestação subrogada não irá ajudar aqueles casais inférteis de baixos rendimentos (não os irá tornar mais felizes), prejudicando apenas os que poderiam aceder a estas técnicas e deixam de o poder fazer.

⁶² Assim, ALESSANDRA CORDIANO, “La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali”, cit., p. 744.

ACORDOS TRANSFRONTEIRIÇOS EM MATÉRIA DE MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

INTERCOUNTRY SURROGACY AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD

Roberto Andorno*

ABSTRACT

The practice of surrogate motherhood raises many complex ethical, legal and social issues. This paper focuses on the challenges posed by intercountry surrogacy arrangements to domestic legislations that prohibit this practice. Many European states are today placed in a paradoxical situation regarding surrogate motherhood because they prohibit this practice on the grounds that it is both degrading and exploitative of vulnerable women, as well as contrary to the best interest of the child. However, recent jurisprudence in Europe is compelling those same states to recognize the effects of surrogacy arrangements made abroad, and to recognize the parent-child relationship. The paradox lies in the fact that this jurisprudence is also based on the best interest of the child.

Key words — SURROGATE MOTHERHOOD, CHILD, ETHICS, CONTRACT, PROCREATION

RESUMO

A prática da maternidade de substituição levanta muitas questões éticas, jurídicas e sociais. Este artigo centra-se nos desafios colocados pelos acordos transfronteiriços neste domínio para as legislações nacionais que proíbem essa prática. Muitos estados europeus estão hoje colocados em uma situação paradoxal em relação à maternidade de substituição porque a proíbem com base em que é tanto degradante quanto explorador de mulheres vulneráveis, bem como contrário ao melhor interesse da criança. No entanto, jurisprudência recente na Europa obriga esses mesmos estados a reconhecer os efeitos dos contratos de subrogação realizados no exterior e a reconhecer a relação parental. O paradoxo reside no fato de que essa jurisprudência também se baseia no princípio do melhor interesse da criança.

Palavras chave — MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO, CRIANÇA, ÉTICA, CONTRATO, PROCREAÇÃO

SUMMARY: 1. *Introduction.* 2. *Surrogate motherhood and the best interest of the child.* 3. *Surrogate motherhood in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.* 4. *The need for a multilateral approach to surrogate motherhood.* 5. *Conclusions.*

1. Introduction

Surrogate motherhood is the practice of conceiving and carrying out a pregnancy for the express purpose of relinquishing the baby to a third party after birth, generally in exchange of an amount of money. Usually, a distinction is made between two variants of surrogate motherhood depending on whether the child is genetically related to the

* roberto.andorno@uzh.ch. Associate Professor of Bioethics and Medical Law, Faculty of Law, University of Zurich, Switzerland.

surrogate mother or not. The first one is called “traditional surrogacy”, the second one, “gestational surrogacy”. This second variant is the most commonly used in intercountry surrogacy agreements.

Surrogacy raises many complex ethical, legal and social issues. From a legal perspective, it poses questions relating to civil law (in particular, to family law and contract law), to criminal law, to private international law, and to human rights law. This paper focuses on a very specific issue: *the challenge that intercountry surrogacy poses to domestic legislations that, based on the best interest of the child principle, prohibit this practice*. Many European states, especially in Western Europe, are indeed placed today in a paradoxical situation with regard to surrogacy. Most of them prohibit this practice on the grounds that it is both degrading and exploitative of vulnerable women, and that it is also contrary to the best interest of the child, because the child is somehow reduced to the condition of a ‘commodity’ that can be bought and sold. Surrogacy arrangements appear to be in open conflict with the dignity of the child and to the foundations themselves of the legal system, because modern societies assume that people cannot be objects of trade and that it is morally –and legally– unacceptable to treat people as if they were mere objects. In modern, democratic societies, every human being is regarded by law as deserving to be treated as ‘someone’ and not merely as ‘something’.¹ However, recent jurisprudence in Europe is compelling those same states that prohibit surrogate motherhood to accept the effects of surrogacy arrangements made abroad, and to recognize the corresponding parent-child relationship. Paradoxically, this jurisprudence is also based on the best interest of the child principle.

2. Surrogate motherhood and the best interest of the child

The best interest of the child principle aims to guide the choices of those who are called to make decisions concerning children (eg. legal representatives, judges, etc.). This standard can be found in the UN Convention on the Rights of the Child (hereafter, CRC) of 1989, which requires that the best interest of the child be a “primary consideration” in all actions concerning them (Art. 3). Article 6(2) further grants children the right to survival and development, which extends to their physical, psychological, social and emotional development. Is a child’s separation from his or her gestational mother harmful to his or her development? The fact is that very little research exists in this area. Some studies that have been done claim that surrogacy arrangements are not harmful to children’s development.² However, the value of these studies is doubtful as they are confined to domestic surrogacy agreements and to a self-selected group of sample of couples, who are more likely to report positive consequences. In addition,

¹ ROBERTO ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l’épreuve des procréations artificielles*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, p. 5.

² See for instance SUSAN GOLOMBOK et al., Families Created Through Surrogacy: Mother-Child Relationships and Children Psychological Adjustment at Age 7, *Developmental Psychology*, 2011, vol. 47, n° 6, pp. 1579-1588.

they are often restricted to non-commercial surrogacy and therefore fail to address the potential psychological impact associated with what may be considered as a commodification and sale of a child.³

This best interest of the child principle plays also a central role in the Hague Convention on Intercountry Adoption of 1993. The goal itself of the Convention is to ensure that “intercountry adoptions take place in the best interest of the child and with respect for his or her fundamental rights”, as well as “to prevent the abduction, the sale of, or traffic in children” (Art. 1). Among the conditions for an intercountry adoption are: that the consent of the family of origin has not been “induced by payment or compensation of any kind” (Art. 4, para c.3) and that the consent of the mother “has been given only *after* the birth of the child” (ibid., para c.4). The principle can also be found in several domestic laws. For instance, in Switzerland, it is enshrined in the Law on Medically Assisted Reproduction of 1998, which stipulates that reproductive techniques can only be used “when the interest of the child is guaranteed” (Art. 3, para. 1).

There is no standard definition of the best interest of the child, but there are a number of factors that are generally taken into account when considering whether something is in the best interest of the child or not, such as the child’s physical and mental health, the child’s identity, the contact with parents and siblings, the child’s safety, etc.⁴ In the context of surrogacy, one feature that cannot be ignored when assessing the best interest of the child is the *fragmentation of maternity* to which the children conceived through this procedure are inevitably exposed. Indeed, children will have two “mothers”: the intended mother and the surrogate mother; they could even have a third “mother” if the egg was donated by another woman. This fragmentation of maternity is one of the main objections against surrogate motherhood when it is considered through the prism of the best interest of the child principle⁵.

The reduction of children conceived under surrogacy agreements to a kind of ‘commodity’ that can be returned to the ‘seller’ if they do not satisfy the customers’ expectations becomes especially visible in certain situations. For instance, it happens sometimes that the intended parents refuse to take the child because he or she suffers from an unexpected disease or is not of the sex they wanted. This happened, for instance, in the case of a baby born a surrogate mother in Thailand in 2014 (known as ‘Baby Grammy’s case’). The Australian couple that had commissioned the surrogate mother refused to take the baby because he had Down syndrome, and abandoned him with his impoveri-

³ JOHN TOBIN, To prohibit or to permit. What is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, vol. 63, n° 2, pp. 317-352, at p. 332.

⁴ See, for instance: UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on Determining the Best Interest of the Child*, Geneva, UNHCR, 2008.

⁵ This fragmentation of maternity between different women is explicitly mentioned by the Explanatory report to the Swiss law on assisted reproduction as contrary to the best interest of the child: « Cet éclatement de la parenté n’est pas désirable du point de vue du bien de l’enfant » (Suisse, Message relatif à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, 26 juin 1996, para. 322.12).

shed mother. However, they took his twin sister to home, because she was healthy⁶. As a response to this and other similar cases, Thailand passed a law in 2015 to ban commercial surrogacy for foreigners.⁷

It noteworthy that, at present, there is no explicit prohibition of surrogacy in any international or regional treaty. Conversely, there is either no explicit recognition in international law stating anyone has a positive ‘right’ to contract with a surrogate, or provide services as a surrogate. The few international human rights norms that have been articulated are non-binding and address gestational surrogacy from the perspective of the children who result from these arrangements. The Committee on the Rights of the Child in its concluding comments noted that insufficient regulation of commercial surrogacy raises the risk of the illegal sale of children⁸. The UN Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography, in her 2016 report on illegal adoption to the UN Human Rights Council echoed those same concerns. She noted the growth in international commercial surrogacy, the lack of international regulation and the potential for child rights violations. She went a step further and observed that “the practice often amounts to the sale of children and may lead to illegal adoption”⁹. It is important to remind that international customary law and treaties prohibit trafficking and the sale of children. This prohibition can be found not only in the Convention on the Rights of the Child (CRC) (Art. 35) but, more specifically, in the Optional Protocol to the CRC on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography (2000) (Art. 1). The Protocol defines the sale of children as “[a]ny act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any other consideration” (Art. 2).

In international law there are no specific provisions stipulating that cross-country surrogacy violates the best interest of children principle. The situation is clearer in some domestic legislations. As mentioned before, concerns about the need to protect the dignity of children and to prevent women’s exploitation have led most Western European countries to prohibit all forms of surrogate motherhood.¹⁰ In Switzerland, the prohibition of surrogate motherhood even has constitutional status as it is enshrined in Article 119 of the Federal Constitution, which stipulates that “all forms of surrogate motherhood are unlawful”. The prohibition is also included in the Law on Medically Assisted Reproduction (Art. 31). It is interesting to mention that, according to the Explanatory Note to the Law, the prohibition of surrogate motherhood is justified on the grounds that it “instrumentalizes the woman”

⁶ “Australian couple abandons surrogate Down’s Syndrome baby”, BBC News, 2 August 2014. At: <http://www.bbc.com/news/world-asia-28617912>

⁷ “Thailand bans commercial surrogacy for foreigners”, BBC News, 20 February 2015. Available at: <http://www.bbc.com/news/world-asia-31546717>

⁸ Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the second periodic report of the United States of America submitted under article 12 of the Optional Protocol to the Convention on the sale of children, child prostitution and child pornography, adopted by the Committee at its 62nd session (14 January-1 February 2013), CRC/C/OPSC/USA/CO/2 (2 July 2103).

⁹ Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography A/HRC/34/555 14, para. 52.

¹⁰ For instance, in Germany, France, Italy, Spain and Switzerland.

and “is contrary to the interest of the child”¹¹. Some countries such as the UK, Greece and, since 2016, Portugal, only allow the practice when the surrogate does not receive financial reward for carrying a child (the so-called ‘altruistic surrogacy’).

In other jurisdictions like Russia, Ukraine, India and in some US states (for example, California and Florida), commercial surrogacy is explicitly authorized by law. This has led over the last decade to the emergence of a global market of surrogacy (sometimes called “reproductive tourism industry”). People from all over the world who are looking for a surrogate mother travel to these destinations. However, it should be mentioned that this global market moves constantly and new destinations emerge all the time as a result of changes to legislation. For instance, in 2013, India adopted a new regulation that restricts the access of foreign couples to Indian surrogate mothers. The new law requires couples to provide a formal letter stating that surrogacy is legal in their home country. This measure drastically removed India from the list of favorite destinations in the global market of surrogacy.¹²

The point is that the prohibition of surrogacy is difficult to enforce when the intended parents go abroad to circumvent the national law and then bring home a baby born under a surrogacy arrangement. National courts are confronted in such cases with the *fait accompli*, and have increasingly a tendency to recognize parental rights to the intended parents, in spite of the fact that the couple has gone around the domestic law in a matter of public policy (*ordre public*).

In this manner, States are confronted with a difficult dilemma. Either they recognize the parent-child relationship of children conceived under a surrogacy arrangement abroad, and accept that domestic laws become ineffective and can be circumvented, or try to strictly enforce the prohibition, and risk being condemned for depriving the child of a legal parental relationship and therefore, for disregarding the best interest of the child.

3. Surrogate motherhood in the jurisprudence of the European Court of Human Rights

Two recent judgements of the European Court of Human Rights show well the difficult situation in which the States prohibiting surrogate motherhood are placed: *Mennesson v. France* (2014)¹³ and *Paradiso and Campanelli v. Italy* (2015)¹⁴. This latter judgment was, however, overturned by the Grand Chamber in January 2017.

¹¹ « La maternité de substitution met la femme au rang d’instrument. Elle doit aussi être interdite en considération du bien de l’enfant » (para. 322.12) ; « toutes les formes de maternité de substitution doivent être interdites. Elles ravalent la femme au rang d’un objet et sont particulièrement discutables par rapport à l’enfant, qui est assimilé à une marchandise pouvant être commandé à un tiers » (para. 324.203).

¹² KAREN HVIDTFELDT, “All one needs is a credit card. Transnational surrogacy in India on weblogs and documentaries”, in: V. ROZÉE and S. UNISA (eds.), *Assisted Reproductive Technologies in the Global South and North. Issues, Challenges and the Future*, Abingdon, 2016, p. 146

¹³ *Mennesson v. France*, Application n. 65192/11, Judgment 26 June 2014. Judgment of the Fifth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber.

¹⁴ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application n. 25358/12, Judgment 27 January 2015. Judgment of the Twelfth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber.

In the *Mennesson v. France* judgement, the Court examined the refusal to grant legal recognition in France to a parent-child relationship that had been legally established in California. In 2000, a French couple had entered into a surrogacy agreement with an American woman. The child was conceived with sperm from the intending father and an egg from an anonymous woman. The French authorities refused to grant legal recognition to the parent-child relationship because surrogacy agreements are illegal in France. The intended parents argued that Article 8 of the European Convention (right to private and family life) had been violated. The European Court ruled that there was violation of Article 8 concerning the child, because the lack of legal recognition of the parent-child relationship was contrary to the best of interest of the child, since it put her in a situation of “legal uncertainty” and this undermined her identity within French society. France was condemned to pay a compensation for the moral damage to the child. It must be pointed out that the child had anyway lived all those years with the intended parents and was already a teenager when the judgment was pronounced.

In the *Paradiso and Campanelli v. Italy* judgement of 27 January 2015, the Court examined the decision of an Italian court to reject to register an Italian couple as the legal parents of a child born in Russia from a surrogate mother. In this case, the baby was conceived with genetic material from anonymous donors. The surrogate mother, after giving birth and being paid, consented the intended Italian couple to be registered in Moscow as the child parents. However, when the couple returned to Italy with the baby, the Italian authorities refused to register them as the child’s parents because they noticed that the Russian birth certificate was false, and that there were no genetic link between the baby and the intended parents. The baby, 6 months old, was taken away from them and given to a foster family. The couple claimed that Article 8 (right to private and family life) was violated. The ECHR ruled that the “family life” was violated when the baby was taken away from the couple, even if he lived with them only a few weeks, and they were not his genetic parents. Italy was condemned to pay them a compensation. Nevertheless, the Court did not address the issue of the legal parentage and did not require the baby to be given back to the couple because of the affective links established with the foster family.

However, on 24 January 2017, the European Court, sitting as a Grand Chamber, overturned the previous decision in the *Paradiso and Campanelli v. Italy* case, and ruled that there was no violation of the “family life”. According to the Court, the Italian authorities’ acted legitimately when they removed the child from the custody of the intended parents, who were biologically unrelated to him. The Court also recognized the State’s prerogatives in safeguarding its public order. Yet it must be observed that this judgment concerns a rather exceptional situation in cross-border surrogacy: one in which the child is not genetically related to any of the intended parents and had lived only a few weeks with them. Therefore, it would be probably a mistake to view this judgment as a radical departure from the prior jurisprudence of the Court.

Summarizing the recent judgments of the ECtHR on surrogacy, it can be said that the Court recognizes the States’ freedom to ban surrogacy, because such prohibition is not intrinsically contrary to the European Convention on Human Rights. However, this

prohibition must not be applied in a way that causes harm to the children born through surrogacy by depriving them of a parent-child relationship. In other words, even when States prohibit surrogacy, they are obliged to recognize the legal effects of cross-border surrogacy agreements, if the recognition concerns the genetically related intended parent, and the legal parentage was established in the country of birth. This means that the margin of appreciation left to States is very limited or virtually non-existent.

In recent years, some national courts judgments have given up their initiation resistance to recognize the effects of surrogacy agreements made abroad, and have started to follow the position of the ECtHR. In July 2015 the French *Cour de cassation* reversed its previous jurisprudence and ruled that a child born to a *surrogate* mother abroad can be granted birth certificates in France.¹⁵ The case involved a couple composed by two men who entered into a surrogacy agreement with a Russian woman. The child had been conceived with genetic material of one of them. In 2014, also in a case of a gay couple, the German *Bundesgerichtshof* (Federal Supreme Court) came to the same conclusion, also based on the argument that it is in the best interest of a child not to be deprived of parental relationship.¹⁶

In Switzerland, the Federal Court still resists to fully recognize the efficacy of cross-border surrogacy agreements, especially when there is no genetic link with the child. In a case ruled in May 2015, the Federal Court refused to register a man from Saint Gallen as the legal father of a child conceived through surrogacy in California. The case concerned a gay couple and the child had been conceived with the sperm of one of them. The Court recognized the parental relation to him, but refused to recognize the other man as “father”, because a child cannot legally have two “fathers”. In December 2015 the couple complained to the ECHR on the grounds that Article 8 (right to private and family life) and the prohibition of discrimination were violated. A decision is still pending. In another case of September 2015, the Federal Court refused to recognize the parent-child relationship between a Swiss couple and two children born from a surrogate woman in California. In this case the children were conceived with gametes from anonymous donors, so they did not have any genetic relationship with the couple.

4. The need for a multilateral approach to surrogate motherhood

The current situation resulting from cross-border surrogacy is clearly unsatisfactory, and this for three reasons. First, the courts judgments only offer an *ex post facto* solution. Judges are confronted with a *fait accompli* and have few options left to ensure respect for national law; second, the jurisprudential approach compels States to disregard their own laws and public policy principles; third, in the long run, this trend is likely to encourage more and more intended parents to circumvent the national laws which aim to prevent the exploitation of vulnerable women and the commodification of children.

¹⁵ Cour de cassation, Judgment n° 619 of 3 July 2015.

¹⁶ Bundesgerichtshof, Judgment n° XII ZB 463/13 of 10 December 2014.

This is why several experts consider that there is a need for a multilateral, comprehensive approach to this matter.¹⁷ They suggest the need to develop a legally binding instrument on surrogacy. Such a convention could perhaps be inspired on the already mentioned Hague Convention on Intercountry Adoptions of 1993. According to some scholars, this international agreement should simply prohibit commercial surrogacy because this practice jeopardizes fundamental human rights principles.¹⁸ Moreover, it would be incongruous for prohibiting States to ratify a multilateral treaty that obliges them to recognize commercial surrogacy agreements made in more permissive jurisdictions¹⁹.

Other authors think that the convention should not aim at globally prohibiting surrogacy, because that would be unrealistic.²⁰ Rather, its scope would be, more modestly, to establish a set of minimum rules and procedures for international surrogacy and to make it compatible with the varying national systems that apply to surrogacy. Within this general framework, more detailed regulations could be left to bilateral agreements between Member states. Such a Convention would not prevent states from setting higher or stricter standards. A country could, for instance, require that the payment to the surrogate mother should not exceed the reasonable expenses because otherwise it would be regarded as ‘child trafficking’. Each country can also establish the conditions for the eligibility of the intended parents, similarly as what is done in intercountry adoptions.

Recent developments at the Hague Conference on Private International Law already go in the direction of developing a convention on intercountry surrogacy, although it is far from clear whether such a global agreement is really feasible given the variation in legal approaches to the matter. In 2015, the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference decided to convene an Experts’ Group to explore the feasibility of advancing work in this area. In February 2016, the Group released its First Report in which it recognizes the difficulties to reach a consensus on this matter, but nevertheless recommends to continue studying the feasibility of such a convention²¹. One year later, in February 2017, the Group issued a second report, where it emphasizes the importance of “taking into consideration the best interests of the child”²² and “the need for practical

¹⁷ See: PAUL BEAUMONT AND KATARINA TRIMMINGS, International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level, *Journal of Private International Law*, 2011, vol. 7, n° 3, pp. 627-647. See also a more recent work by the same authors: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?, Working paper n° 2016/4, Centre for Private International Law, University of Aberdeen, 2016. Available at: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf

¹⁸ JOHN TOBIN, To prohibit or to permit, p. 319.

¹⁹ JOHN TOBIN, To prohibit or to permit, p. 319.

²⁰ PAUL BEAUMONT AND KATARINA TRIMMINGS, International Surrogacy Arrangements, pp. 627-647.

²¹ Hague Conference on Private International Law, Report of the February 2016 Meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy, February 2016, para. 16. See: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

²² Hague Conference on Private International Law, Report of the Experts’ Group on the Parentage / Surrogacy Project (Meeting of 31 January – 3 February 2017), February 2017, para. 12. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>

solutions, with one of the key aims being to secure continuity in the parent-child legal status”²³. The Group acknowledges “the different approaches of States to surrogacy” and recognizes “concerns at the international level and the consequent public policy considerations relating to surrogacy arrangements including, for example, the potential for exploitation”²⁴. Several members of the Group noted the importance of children knowing their origins, which some characterized as a right, and the preservation of records²⁵. The Group agreed that “a binding instrument is preferable as it would meet real, practical needs which are not met by existing instruments and national frameworks” and recommended that “work on the feasibility of such an instrument continue”²⁶. In its conclusions, the Group agrees “in principle, on the feasibility of developing a binding multilateral instrument dealing with the recognition of foreign judicial decisions on legal parentage”²⁷. The Group acknowledges however, that “further consideration and discussion” are needed on both how such an instrument could operate and on the question regarding the determination of the legal parentage²⁸. Finally, the Group admits that “owing to the complexity of the subject and the diversity of approaches by States (...), definitive conclusions could not be reached at this meeting as to the feasibility of the possible application of future agreed general Private International Law rules on legal parentage to international surrogacy arrangements”²⁹.

5. Conclusions

European states that prohibit surrogate motherhood are in a serious dilemma regarding cross-border surrogacy because, either they recognize the parent-child relationship of children born under a surrogacy arrangement in another country, and accept that national laws in a matter of public order can be circumvented, or try to enforce the prohibition and are condemned by the courts for disregarding the interest of the child.

From the perspective of international human rights law, it is arguable that international commercial surrogacy must be prohibited on the grounds that it amounts to the sale of a child and is exploitative of vulnerable women.³⁰ Indeed, there is a strong case that surrogacy agreements amount to the sale of a child under Article 35 of the Convention on the Rights of the Child (CRC) and the Optional Protocol to the CRC on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography.

The current situation shows that a merely jurisprudential, *ex post facto*, response to intercountry surrogacy is unsatisfactory. There is an urgent need for a *multilateral approach*

²³ Hague Conference on Private International Law, 2017, para. 24.

²⁴ Hague Conference on Private International Law, 2017, para. 25.

²⁵ Hague Conference on Private International Law, 2017, para. 25.

²⁶ Hague Conference on Private International Law, 2017, para. 36.

²⁷ Hague Conference on Private International Law, 2017, para. 38.

²⁸ Hague Conference on Private International Law, 2017, para. 38.

²⁹ Hague Conference on Private International Law, 2017, para. 38.

³⁰ See AUDE MIRKOVIC, A propos de la maternité pour autrui, *Droit de la famille. Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, June 2008, pp. 9-13.

to this issue and for developing an international convention on this matter. Such a convention could, if not prohibit commercial surrogacy, at least, establish a set of minimum standards, which could hopefully reduce the risk of exploitation of vulnerable women and better serve the best interest of children at a global level.

A LIBERDADE ÉTICA DA PESSOA HUMANA

THE ETHICAL LIBERTY OF THE HUMAN PERSON

Rui Nunes

RESUMO

A sociedade plural que estamos hoje a construir mergulha as suas raízes numa visão humanista das relações interpessoais. Esta sociedade encontra na diversidade de opinião e na pluralidade ideológica, cultural e religiosa o seu eixo vertebral e o fundamento das instituições que lhe servem de suporte. O marco axiológico fundamental, o ponto de referência, é, então, a inexistência de uma visão única do bem comum e, mesmo, do bem individual. A existência de instituições com legitimidade democrática é simultaneamente o garante e o suporte deste modelo de convivência social. Trata-se, então, de procurar uma sociedade bem estruturada e bem ordenada no quadro de instituições justas. Justas, no sentido processual do termo. Ou seja, com legitimidade outorgada por aqueles que delas vão usufruir. Esta é a nova ética social e que tem como marco axiológico fundamental a igual dignidade de todos os seres humanos.

Palavras Chave — ética, genética, reprodução, pluralismo, legitimidade

ABSTRACT

The plural society we are building plunges its roots into a humanist vision of interpersonal relationships. This society finds its backbone and the foundation of the institutions that support it in its diversity of opinion and ideological, cultural and religious plurality. The fundamental axiological framework, the point of reference, is then the absence of a single view of the common good and even of the individual good. The existence of institutions with democratic legitimacy is simultaneously the guarantee and support of this model of social coexistence. It is then a question of finding a well-structured and well-ordered society within the framework of just — in the procedural and legitimate sense of the term — institutions. This is the new social ethic, that has the equal dignity of all human beings as a fundamental axiological landmark.

Key Words — ETHICS, GENETICS, REPRODUCTION, PLURALISM, LEGITIMACY

SUMÁRIO: 1. *Emergência de uma nova ética social.* 2. *Exercício da liberdade ética.*

1. Emergência de uma nova ética social

A cultura humana pós-moderna caracteriza-se por determinados contornos que a distingue de outros modelos culturais, predominantes até ao século passado, características que marcam decisivamente o início do novo milénio. Importa salientar, enquanto fenómeno transversal à globalização, a evolução científico-tecnológica e o acesso ao conhecimento verificado ao longo das últimas décadas. De facto, nesta Aldeia Global, e de acordo com Marshall McLuhan, existe algum “determinismo tecnológico”, dado que a acessibilidade generalizada a instrumentos comunicacionais tal como a televisão, a internet ou o correio eletrónico mudaram substancialmente o espaço geográfico do nosso planeta, reduzindo-o à dimensão de uma pequena aldeia. Transpõe-se, assim, a ideia

seminal de Einstein, de que não apenas o tempo, mas, também, o espaço estão eivados de relatividade moldada pela consciência pessoal e pelo comportamento humano. Esta relatividade vê-se acentuada na era eletrónica que contribui decisivamente para a globalização cultural e deste modo para uma maior igualdade entre os cidadãos. O livre acesso à informação em qualquer ponto do planeta é, provavelmente, o melhor contributo que a sociedade do conhecimento e da informação pode dar para uma verdadeira igualdade de oportunidades transcultural. E, portanto, para a construção de uma sociedade plural.

Mais ainda, a evolução científica mudou a relação do homem com a sociedade de um modo absolutamente radical. De uma perspectiva reflexiva e contemplativa, a ciência e a tecnologia dela decorrente permitem ao homem uma intervenção direta no seu destino, devendo a sociedade garantir que o ser humano é um fim em si mesmo, na sequência de um valor que lhe é intrínseco e portanto autorrealizador. A tecnociência deve então construir a autonomia da pessoa e não a sua instrumentalização. Ou seja, é num contexto de explosão do conhecimento e de rápido e fácil acesso a este conhecimento, que o modelo de desenvolvimento cultural — e, portanto, social, económico e político, da sociedade plural — se debate com o consumo ilimitado dos benefícios decorrentes deste conhecimento. Esta cultura baseada no conhecimento está intimamente relacionada com a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, o que implica que o conhecimento científico seja continuamente revisitado sob o olhar atento da sociedade que, de uma ingenuidade passiva no passado, assume no presente uma postura pró-ativa não apenas de crítica e escrutínio mas de parceria construtiva sobre o modelo de sociedade que deseja para as gerações futuras. E, por maioria de razão, o conhecimento científico, nomeadamente no domínio das ciências biomédicas, abre novos horizontes, tais como o mito do controlo do envelhecimento ou da imortalidade do ser humano.

Na ausência de barreiras fronteiriças no sentido tradicional, este mercado das ideias é o responsável pela harmonização cultural a que hoje se assiste (bem como da homogeneidade linguística) e que, à escala global, aproxima os povos e derruba valores ancestralmente defendidos. Este enquadramento cultural tende a complexificar-se quando distintas gerações tendem a conviver ao longo de décadas devido à transição demográfica verificada nas sociedades ocidentais. A transição demográfica deve-se, no essencial, à quebra acentuada da taxa de natalidade (devida a fatores sociais e económicos) e ao aumento da esperança de vida média da população nas sociedades desenvolvidas, fruto da tecnologia biomédica e da melhoria substancial da qualidade de vida dos cidadãos. Antevê-se que esta inversão da pirâmide demográfica tenha um profundo impacto não apenas nos sistemas de proteção social de todos os países desenvolvidos mas, sobretudo, no modelo de sociedade que coletivamente desejamos.

Ou seja, a influência quer da biomedicina quer da melhoria das condições de vida da sociedade originou o facto inédito de que a esperança de vida média dos cidadãos está a atingir tal magnitude que, num futuro próximo, as pessoas com mais de setenta anos de idade serão numericamente superiores aos jovens e adolescentes (Programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2010). Note-se que a transição demográfica implica que pessoas com tradições históricas substancialmente diferentes aprendam a conviver à luz de critérios de tolerância e de solidariedade inter-geracional.

Para evitar um choque intra e inter-civilizacional determinado pelo convívio decorrente da globalização cultural, importa definir um mínimo ético universal, que garanta, na ausência da imposição coerciva de qualquer ortodoxia de pensamento, a convivência pacífica entre os cidadãos. Não se trata de uma forma mitigada de relativismo ético, mas tão-somente de aceitar a diversidade de pensamento como paradigma da nova ética social. Numa sociedade pacífica, plural nas ideias e democrática no processo de decisão, o consenso é fundamental para a proteção dos direitos das minorias.

Tristram Engelhardt Jr., um autor de inspiração libertária, aceita como válida a tese de que o pluralismo pós-moderno que caracteriza o discurso da atualidade, deve ter em consideração a divergência de opinião e a circunstância de que qualquer ordenação dos bens primários parte de determinados pressupostos ético/filosóficos, ou de uma noção previamente definida do bem comum. Pelo que, o acordo mútuo — ou seja, o consentimento das pessoas para empreendimentos comuns — é o único instrumento viável para uma cooperação social saudável entre os cidadãos. Neste contexto de intersubjetividade, e ainda que exista desacordo sobre os fundamentos das decisões, é suficiente a aceitação de regras comuns de atuação de modo a que se cumpram os pressupostos de justiça processual. O acordo mútuo sobre os procedimentos a adotar pelos cidadãos pode mesmo transformar-se num potente cimento à escala global, ao permitir a convivência pacífica entre povos com distintas tradições culturais.

Porém, pode perguntar-se se é desejável a existência de um consenso transcultural. Eventualmente, este não será exequível, dado que cada cultura não é composta apenas por um universo de contribuições individuais, mas está também submetida a um vasto conjunto de influências que seguiram um rumo diferente ao longo dos séculos. Ao ser humano, por sua vez, é permitida uma grande variedade de opções, uma grande maleabilidade opinativa, dependente não só do ambiente cultural, mas, também, de influências psicológicas individuais. Esta liberdade na esfera da decisão pessoal é a base da autodeterminação de que todo o ser humano pode e deve usufruir. Contudo, as decisões individuais não são a resultante de introspeções ascéticas, mas sim, a consequência de interações psicossociológicas, formando-se correntes de opinião (sobre estas e sobre as demais questões) que dão alguma coerência e um certo grau de intersubjetividade à autodeterminação individual. Torna-se necessário determinar um padrão mínimo, isto é, um nível crítico que desperte a consciência dos cidadãos, no sentido de reprovar energeticamente aqueles atos considerados, por todas as correntes do pensamento, como moralmente inaceitáveis. Exemplificando, o direito à liberdade ética individual parece ser um desses valores que a todos os seres humanos compete respeitar e fazer respeitar.

Outra dúvida prende-se com o método utilizado para alcançar o referido consenso. Parece ultrapassada a hipótese de imposição coerciva de determinada norma ético/social. Aceita-se como razoável a necessidade de uma análise livre e consciente do imperativo moral que venha a ser aceite de forma convicta e refletida. Ao legislador compete a tarefa de balizar o comportamento humano, permitindo uma ampla capacidade de manobra, tendo em conta as diferentes perspetivas culturais. Contudo, a norma jurídica não deve nunca ser de tal modo permissiva que permita a ultrapassagem dos limites aceites e definidos pelas correntes mais representativas do pensamento humano. Então poderá

afirmar-se que a dignidade humana se impõe ao próprio indivíduo, ao próprio agente moral. A necessidade deste consenso é real a nível transcultural, mas não só. Dentro de cada cultura, deve estender-se transversalmente a todos os segmentos da população, não se limitando aos estratos mais desenvolvidos. Tentando transmitir esta mensagem a todos os elementos da sociedade — os mais e os menos bem informados — o antigo preceito do Decálogo de desejar para os outros aquilo que se deseja para si próprio pode ser uma plataforma compreensível de sustentação deste objetivo. Este imperativo ético fundamental, observado noutra perspetiva, pode ser enunciado da seguinte forma: “atua em todas as circunstâncias de forma a cultivar a autonomia da outra pessoa, que a tua, por sua vez, se desenvolverá naturalmente”.

Porém, importa que, a nível da organização sociopolítica da sociedade, os direitos das minorias (daqueles que discordam e não consentem) não sejam subtilmente violados. Assim, no plano jurídico, a proteção constitucional deverá no mínimo garantir um conjunto de direitos formais (idealmente materiais), que processualmente permitam esta aspiração comum. A expectativa da existência na Europa de uma Constituição que garanta os direitos fundamentais de todos os cidadãos da família europeia é o reflexo evidente da necessidade de harmonizar distintas culturas e modelos de desenvolvimento social de modo a que o seu futuro se achesse sem sobressaltos. De facto, no preâmbulo do Projeto de Tratado Constitucional (que por diversas condicionantes político/sociais não chegou a ser aprovado) podia ler-se “Conscientes de que a Europa é um continente portador de civilização; de que os seus habitantes, chegados em vagas sucessivas desde os tempos mais remotos, aqui desenvolveram progressivamente os valores em que se funda o humanismo: igualdade de todos os seres, liberdade, respeito pela razão. Inspirando-se nas heranças culturais, religiosas e humanistas da Europa, cujos valores, ainda presentes no seu património, enraizaram na vida da sociedade o papel central da pessoa humana e dos seus direitos invioláveis e inalienáveis, bem como o respeito pelo direito”.

Isto é, trata-se do pressuposto de que numa Europa secular pós-cristã o respeito pela pessoa humana e pela sua dignidade é o único meio de se resolverem disputas morais aparentemente irreconciliáveis. Inexoravelmente a humanidade deverá dispor de uma matriz ideológica, com um rosto constitucional, dotado de eficácia jurídica e de legitimidade intercultural. Legitimidade que decorre do acordo mútuo das partes envolvidas. Mais ainda, importa que o modelo de organização social tenha em atenção — à luz dos princípios da autonomia e da responsabilidade — que o elemento nuclear da sociedade é o cidadão, e que este vai progressivamente delegando no Estado as tarefas que cada cidadão individualmente não consegue cumprir. Assim, a complexa relação entre a legislação e os deveres pessoais deve ter em atenção também, e sobretudo, uma reinterpretação ascendente do princípio da subsidiariedade. Afirmando a convicção de que o ser humano, consciente, autónomo e livre, tem direitos e deveres ponderados no quadro de instituições justas e com legitimidade democraticamente determinada. Em boa verdade, o processo democrático (seja numa base de representação ou de deliberação) — desde que balizado por um quadro de direitos fundamentais que garantam os interesses das minorias — é aquele que melhor se enquadra numa sociedade plural.

Em síntese, numa cultura global, atravessada em tempo real pelos limites da tecnologia, desde logo nos domínios da biomedicina e das tecnologias da informação, só o respeito profundo por este quadro valorativo poderá ajudar a construir a sociedade do futuro. E, quando se questiona “liberdade para fazer o quê?” a resposta pode muito bem ser que a existência de visões irreconciliáveis sobre o bem individual e o bem comum entre os diversos membros da sociedade, implica que se gere o consenso possível que permita a convivência pacífica e o pluralismo social pós-moderno.

No plano profissional, a existência de pluralismo cultural originou a necessidade de se encontrar uma plataforma comum para a resolução de determinados conflitos em temas socialmente fraturantes. Muitos destes dilemas emergem da prática da medicina sobretudo em situações limite, tal como no caso do aborto, da eutanásia, da clonagem ou de algumas técnicas de procriação assistida. A ética profissional — de médicos, biólogos, geneticistas, enfermeiros, psicólogos, entre outros — sentiu a necessidade de se compenetrar com a evolução da sociedade e um meio de alcançar este consenso foi justamente a elaboração de um conjunto de grandes princípios orientadores, de aplicação sistemática, na prática clínica e na investigação em seres humanos. Estes princípios de ética biomédica estariam a meia distância entre a teoria ética fundamental (corpo integrado de regras e de princípios) e regras de conduta, que, por definição, são restringidas a determinados contextos e de alcance forçosamente mais limitado. Esta tarefa está longe de ser simples, dado que, quando em presença de dilemas éticos complexos, de difícil resolução, vários princípios entram em conflito, prevalecendo aquele que seja moralmente afim do agente com capacidade de decisão.

Esta enunciação de princípios de aplicação prática, baseados na bagagem humanista da cultura ocidental, preocupa-se mais em originar ações facilmente perceptíveis como justas, bem como na definição das obrigações morais a elas associadas e quase nunca dos valores que possam fundamentar ou justificar essas obrigações morais. Trata-se, talvez, de uma abordagem pragmática, dado que se torna mais simples alcançar um consenso sobre princípios gerais a adotar do que sobre os valores que possam fundamentar esses princípios. Este pragmatismo traduz, também, o facto de se tratar de uma ética laica, desligada de uma tradição cultural que tem profundas raízes sociais. A sociedade pós-moderna não adota uma postura ética uniforme, optando pela pluralidade de crenças e de opiniões. Os valores e as virtudes subjacentes a esta heterogeneidade moral estão sujeitos a uma tensão transformadora constante por parte da cultura atualmente dominante. Esta cultura orienta-se por um imperativo científico-tecnológico que penetra decisivamente no seio das culturas tradicionais.

Porém, em decisões críticas, a maioria das pessoas tem uma tendência natural para não se orientar especificamente por nenhum destes princípios, como reflexo de uma postura moral sujeita a alguma flutuação, por vezes mesmo, a certo grau de inconsistência. O fator decisivo na resolução de um dilema ético concreto, qualquer que seja a sua natureza, é o grau de virtude da consciência individual de cada agente moral. A aplicação prática dos princípios éticos subjacentes está dependente, em larga medida, da presença ou não das referidas virtudes. Esta volatilidade dos valores ético/sociais — evidenciada de sobremaneira em meados do século passado — traduziu-se numa profunda violação

de alguns direitos fundamentais, colocando a dúvida da própria essência da dignidade humana. De igual modo, o surgimento de novas tecnologias e a percepção da insuficiência dos referenciais éticos tradicionais contribuíram decisivamente para a emergência de uma nova ética social. Em sentido lato, está igualmente em causa a deontologia profissional que, na sua componente normativa, se configura como um conjunto de deveres inerentes ao exercício profissional. A questão central é, então, como deve responder hoje a medicina e a genética a novos desafios, nomeadamente os que se colocam com a reprodução humana.

No entanto, uma análise apurada da evolução de códigos e juramentos médicos revela que, após a aceitação universal dos direitos humanos fundamentais, algo havia que mudar nas normas éticas da profissão médica. Não porque estivessem erradas, ou até desatualizadas, mas porque os cidadãos passaram progressivamente a ocupar um lugar de destaque nas sociedades plurais e secularizadas. O Relatório Belmont é um bom exemplo disso. Este relatório foi um dos primeiros instrumentos éticos, de relevância internacional, a fazer um apelo ao princípio do respeito pela autonomia individual no âmbito da experimentação em seres humanos. Tratou-se de um importante documento que influenciou decisivamente as normas éticas nos ensaios clínicos e noutros tipos de investigação.

A nova ética social não podia, assim, relegar para segundo plano o direito de cada cidadão à sua autodeterminação. O Código de Nuremberga, em particular, refere-se a esta problemática a propósito do imperativo ético da obtenção de consentimento informado. Não houve assim que criar uma nova ética profissional mas que reformulá-la à luz de novos paradigmas sociais. Um desses paradigmas é o princípio do respeito pela autonomia individual. Tal como formulados por Beauchamp e Childress, os princípios de ética biomédica — autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça — refletem a secularização característica das sociedades ocidentais, que conferem, ao que parece, uma prevalência da autodeterminação individual sobre outros valores humanos fundamentais, como a responsabilidade social, ou a solidariedade humana. Esta solidariedade humana, alicerçada, também, no princípio da subsidiariedade, identifica deveres interpessoais que estão bem patentes, por exemplo, na experimentação em seres humanos ou na dádiva de órgãos para transplantação.

Foi esta, talvez, uma das grandes transformações culturais do final do século XX: a evolução para uma ética centrada na dignidade da pessoa e no seu direito à liberdade ética de autodeterminação. A doutrina dos direitos humanos, em todas as sociedades de tradição judaico-cristã, evoluiu ao ponto de conferir uma autonomia quase ilimitada ao ser humano individual. Esta noção está expressa com clareza na Declaração Universal dos Direitos Humanos, declaração que pode ser o substrato fundamental de toda a reflexão ética em torno das ciências da vida. De facto, é universalmente aceite (pelo menos nas sociedades influenciadas pela cultura ocidental) que alguns direitos básicos são inerentes a todos os membros da nossa espécie, independentemente da raça, sexo, convicção política ou religiosa.

2. Exercício da liberdade ética

Neste contexto de aparente relativismo ético um dos principais dilemas das sociedades de cultura ocidental é a fundamentação dos valores pelos quais se deve nortear o comportamento humano. Ou seja, num modelo de organização social no qual são aceites distintas mundividências — nos planos político, ideológico, religioso e, mesmo, cultural — pode perguntar-se qual o denominador comum a todos os seres humanos numa cultura global onde a informação é partilhada universalmente, sem barreiras nem restrições. A resposta a esta questão assume particular relevância quando está em causa a complexa relação do cidadão com a sociedade, em todo o seu percurso desde a infância até à terceira idade. Isto é, obtido um consenso sobre quais os valores mais representativos da nossa sociedade, importa definir uma estratégia clara sobre o modo como devem ser transmitidos às gerações vindouras.

Sendo as sociedades modernas ocidentais uma encruzilhada de culturas, religiões e crenças díspares e não relacionadas, torna-se difícil definir quais os valores predominantes numa determinada sociedade. Tristram Engelhardt Jr. reconhece esta dificuldade ao tentar demonstrar a existência de uma ética secularizada totalmente descomprometida relativamente à tradição judaico-cristã prevalecente no passado ou a qualquer outro tipo de ortodoxia culturalmente imposta. Ao permitir-se um amplo campo de manobra à autodeterminação e à autorrealização individuais, acaba por se consentir todas ou quase todas as manifestações da vontade pessoal, ainda que contrárias à intuição moral generalizada. De facto, a inexistência de argumentos racionais que comprovem que determinada ação é incorreta origina, inevitavelmente, uma diminuição da força moral que obrigue a uma determinada proibição.

Qual será, então, a fundamentação da ética e dos valores numa sociedade plural e secularizada? Perspetivando a ética como uma das categorias do pensamento humano, tal como a lógica ou a estética, categoria esta que norteia o desejo e o comportamento subsequentes segundo determinados valores positivos, podemos encontrar uma alternativa atraente de encarar o problema. Naturalmente que estes valores estão relacionados, de alguma forma, com a edificação da personalidade através, entre outras, da educação ministrada desde o dealbar do nosso psiquismo individual. Trata-se, efetivamente, de um conjunto de regras que se impõem à vida individual. Esta dimensão categorial da ética não a impede de uma efetiva interpenetração com as restantes ciências normativas do pensamento humano.

Valores, nesta perspetiva universalizante, podem querer significar apenas critérios operativos de amplo espectro de atuação como, por exemplo, o profundo respeito pela vida humana, pela preservação da espécie e pela efetiva comunicação entre os seus membros. É hoje pacificamente aceite a dualidade que o homem social se impõe a ele mesmo: conflito persistente entre os diversos membros de uma comunidade, por um lado, e a necessidade de estes viverem conjuntamente, por outro. A dignidade humana, através do estabelecimento de direitos e de deveres, parece ser uma solução viável para mediar este conflito. Como princípio fundante da ética social, a dignidade humana deve ser dis-

tinguida de lei, ou leis, da natureza, dado que estas não têm relação direta com a ética, embora, por vezes, a possam influenciar. As leis da natureza, nas suas várias componentes, são meramente descritivas e fundamentam-se em determinadas observações científicas a nível biológico, químico ou físico. O fundamento dos valores num modelo de convivência social, plural nas ideias e secular nas práticas, pode então residir no conceito de dignidade humana. Mais ainda, a dignidade da pessoa, na sua diversidade, e nos direitos que dela emanam, é o alicerce do próprio Estado de Direito. Trata-se, porventura, do único valor absoluto, e inalienável, numa sociedade secular e pluralista. Uma sociedade onde as pessoas se encontram com distintas mundividências, como verdadeiros “estranhos morais”.

Após ter sido claramente definida uma conceção biológica e antropológica de pessoa humana, a dignidade confere-lhe o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético, não podendo nunca ser considerado como um objeto do desejo ou da manipulação de terceiros. Esta liberdade ética fundamental implica que a ciência concorra sempre para melhorar as condições de existência da humanidade respeitando a identidade do sujeito e a da espécie a que pertence. Esta linha de pensamento está na base da edificação daquilo que hoje conhecemos e valorizamos por direitos humanos fundamentais. Estes mais não são do que o reconhecimento expresso de um marco axiológico fundamental que é o valor intrínseco, inquestionável, da pessoa humana.

Uma ética fundada na dignidade humana pressupõe, necessariamente, que novos conhecimentos na área das ciências biológicas, incluindo a repro-genética, possam questionar axiomas considerados imutáveis, de modo a proporcionar — através de uma análise introspectiva permanente — uma mudança gradual da visão antropológica de ser humano. Pretender que a dignidade humana, e os direitos humanos a ela associados, sejam considerados irrevogáveis, é não apenas um erro concetual, como também uma tarefa difícil de alcançar. *A fortiori* toda a visão da dignidade humana deve ser periodicamente revista, não no sentido de uma total substituição, mas no sentido de uma reavaliação concetual. Esta caducidade dos critérios operativos associa-se, também, à característica intercultural da humanidade. Quando se interpõem diversas contribuições culturais, a noção de ser humano e de direitos humanos fundamentais pode variar substancialmente. Logo, torna-se decisivo usar uma considerável capacidade de adaptação de modo a que a dignidade humana se possa difundir plenamente a todos os membros da humanidade. A dignidade humana, mesmo nos seus princípios básicos, aufere de uma grande maleabilidade, dado que aquilo que define a bondade de determinado ato é frequentemente descoberto através da experiência e da razão. À luz desta posição doutrinária deve reafirmar-se a convicção de que a dignidade humana se impõe ao próprio indivíduo, nomeadamente através da indisponibilidade de alguns bens essenciais, tal como o corpo humano e partes dele.

Não se pretende com isto afirmar que todos os seres humanos são iguais na rigorosa aceção do termo. De facto, somos todos diferentes a nível biológico e intelectual. Mais ainda, uma verdadeira igualdade social será porventura inalcançável. O conceito de igualdade refere-se à inserção num grupo que confere direitos iguais a todos os seus membros. Pelo menos no que diz respeito a determinados direitos fundamentais. Esta

conceção não implica uma lógica de estandardização comportamental. A uniformidade contrapõe-se à própria essência da natureza humana, dado que a criatividade intelectual é um fator que milita a favor da existência da própria comunidade moral. Deste facto decorre que sempre existirão diferenças entre as pessoas, independentemente da semelhança do seu estatuto moral. Os direitos à vida, à alimentação, à família, aos cuidados básicos de saúde, não implicam que as pessoas sejam todas iguais, nem que ambicionem realizar os mesmos projetos de vida. Implica, sim, que qualquer que seja a aptidão intelectual de uma pessoa (e daí a sua capacidade de florescer no seio da sociedade) lhe seja garantido um nível mínimo de condições sociais conforme à dignidade humana. Este princípio de igual dignidade dos seres humanos é, também, a base de uma verdadeira justiça social na redistribuição coletiva dos recursos materiais.

A dignidade humana tem, neste contexto, duas vertentes fundamentais que importa considerar: a) a génese dos direitos; e b) a sede da responsabilidade. Isto é, se, *a priori*, todos os seres humanos, pelo simples facto de pertencerem à comunidade moral humana, são detentores de direitos, *a fortiori* o reconhecimento da dignidade humana implica a assunção da responsabilidade como dever geral da própria condição humana. A dignidade humana reflete a sua legitimidade formal no vasto elenco de direitos humanos fundamentais. Assim, pode considerar-se que, a nível operacional, a dignidade humana se consubstancia por um conjunto de princípios subjacentes aos documentos de validade internacional no âmbito dos direitos fundamentais, como seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Trata-se, no essencial, de dignidade da pessoa inserida na comunidade moral humana. Porém, numa visão mais abrangente, pode estar em causa uma tripla dimensão deste conceito:

A dignidade da pessoa enquanto agente individual;

A dignidade da comunidade humana na sua globalidade e intemporalidade (o que pode implicar uma especial atenção aos direitos das gerações futuras protagonizados, por exemplo, pela proclamação do Genoma Humano enquanto Património Comum da Humanidade); e

A dignidade das minorias enquanto realidades culturais autónomas (subculturas na perspectiva da antropologia), mas cujos direitos devem também ser salvaguardados face à maioria da sociedade (sobretudo à escala global).

Direitos, tal como o direito à vida, à autodeterminação, à integridade física e moral, ou ao reconhecimento da personalidade são inerentes a todos os membros da família humana. Ou, por outro lado, aqueles direitos que permitem o cabal desenvolvimento da personalidade, como a liberdade de pensamento, de expressão ou de associação e que afirmam a natureza singular da espécie humana nos planos cognitivo, emocional, e da decisão moral. Esta tripla dimensão — a razão, a emoção e a moralidade — como a seguir defenderei, é tanto a característica distintiva da pessoa, como a expressão da sua natureza. E, o livre desenvolvimento e expressão da personalidade humana encontra na diversidade da autodeterminação a sua riqueza fundamental.

Esta perspectiva parte do pressuposto, questionável por autores como Peter Singer ou Gary Varner, de que a dignidade é um atributo específico dos seres humanos. A

dignidade humana, ao decorrer da natureza ontológica dos seres humanos, mergulha as suas raízes nas capacidades distintivas da nossa espécie tal como a consciência reflexiva, o pensamento abstrato, a linguagem simbólica, ou mesmo o comportamento moral. Outras espécies dispõem de forma rudimentar destes atributos, mas nenhum outro animal, ainda que detentor de “sentiência”, manifesta na plenitude estas capacidades. O erro de Peter Singer, ao considerar como princípio ético fundamental a igual consideração dos interesses de todos os seres vivos — rejeitando, assim, toda e qualquer prática “especista” — é o de não sugerir fundamentos sólidos, no plano racional e intuitivo, para equiparar os seres não humanos aos humanos. A não atribuição de dignidade aos animais (e, portanto de verdadeiros direitos), não implica a aceitação de práticas claramente condenáveis e degradantes, desde logo quando esteja em causa infligir sofrimento desnecessário e brutal (por exemplo no âmbito da experimentação animal).

Em todo o caso, alguma desigualdade entre os seres humanos irá sempre prevalecer, pelo que é irrealista pretender uniformizar o espírito humano global. Contentamo-nos em atribuir um estatuto de relevância superior aos membros da espécie humana pelo facto de a ela pertencerem. Ao excluir alguns elementos pela ausência de capacidades cognitivas que os definem como pessoas, está a cair-se num erro grave e num precedente insustentável. O raciocínio, permitindo a manifestação de características especificamente humanas, é condição suficiente, embora não absolutamente necessária, para a inserção na comunidade moral. Na verdade, o raciocínio é suficiente para identificar uma personalidade humana; mas um ser humano pode existir mesmo sem dispor de raciocínio. O ser humano é o suporte material da pessoa. Na sua evolução está permanentemente a enriquecer a sua capacidade de autorreconhecimento até ao momento em que dispõe de autoconsciência deste autorreconhecimento. Aqui, começa a estruturar-se a pessoa humana, por um processo de memorização da cultura exterior simbólica e de invenção que só termina com a demência ou com a morte.

Dignidade que, na ótica de James Rachels, se apoia no facto de que os seres humanos têm desejos e objetivos, moldados pelas características da sua consciência reflexiva, pelo que têm um valor intrínseco, não instrumental, nem instrumentalizável. De facto, na visão kantiana “Seres racionais estão pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si... Mas um ser racional pertence ao reino dos fins como seu membro quando é nele em verdade legislador universal, estando porém também submetido a estas leis”. Mais ainda, refere Immanuel Kant (1995), “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

Assim, o agir especificamente humano é consciente, derivando de uma extensa rede de motivações. Naturalmente que está em causa a satisfação de necessidades e desejos, bem como o cumprimento de objetivos. Qualquer ser humano reconhece e atribui valor a determinados “objetos” ou “coisas” porque visam a satisfação dessas necessidades e incorporam-se na realidade complexa que é a motivação humana. Nesta ótica, as “coisas” servem fins humanos e o seu valor é de facto instrumentalizável.

Porque o ser humano é um ser racional, capaz de tomar decisões livres e refletidas, tem um valor inquestionável e sobretudo inalienável. Na dimensão kantiana, se não existissem seres racionais, o plano da decisão moral também não existiria. Porém, se é certo que o universo da racionalidade atravessa as emoções e sentimentos, que são decisivos na motivação humana, o agir especificamente humano compreende uma terceira dimensão categorial que é a ética, enquanto realidade autónoma das duas anteriores. Isto é, se analisarmos a dimensão ética e moral do comportamento humano numa base categorial, com uma profunda base genético-biológica, e moldada pelo ambiente sociofamiliar em que se desenrola a aculturação humana, pode encontrar-se então uma distinção entre ética, razão, e emoção.

A base concetual da estrutura motivacional do agir humano é um reflexo da ponderação cognitiva de três vetores interrelacionados mas, analiticamente, passíveis de distinção. Ao tratar-se de uma característica especificamente humana, a ética articula os valores definidos *a priori* pela sociedade com o substrato intelectual que permite, nas situações concretas, decidir não apenas o que está certo mas o que é bom. Ainda que alguns animais apresentem vestígios daquilo que se entende por comportamento ético nunca se comprovou, de acordo com as regras da metodologia científica neste domínio, que algum animal, mesmo os primatas superiores, tivessem a perceção clara do que está certo e errado e, portanto, do universo da moralidade.

Daí que o método dedutivo na ponderação ética seja frequentemente insuficiente, porque a transição racional de um patamar de decisão para o imediatamente inferior (dedução) não tem em linha de conta a profunda influência das emoções e da ética no comportamento humano. A existência de comportamentos antissociais não entra em conflito com esta visão da natureza humana enquanto sede da responsabilidade. De facto, a personalidade antissocial, previamente designada por psicopatia (quando se considerava como uma doença mental) e, mais tarde, sociopatia (quando se atribuiu ao ambiente social e familiar a génese deste tipo de comportamento), apenas comprova a realidade de que o ser humano é fruto de um equilíbrio permanente entre o património genético e o ambiente (*nature versus nurture*). E, nalguns casos, a componente ética do processo de decisão humana é ultrapassada por objetivos individuais e desprovidos de qualquer sentido ético da responsabilidade.

Noutra perspetiva, a dignidade humana é tanto o fundamento da sociedade plural e secular, como a sede dos valores sociais que todos partilhamos. A principal emanação do conceito de dignidade humana é o princípio lapidar do respeito pelo outro, designadamente na sua autonomia individual. Portanto, e mais uma vez, configura-se um princípio no plano ético, e com um rosto jurídico, que é o direito à liberdade ética de autodeterminação de todos os seres humanos. Emerge, assim, na sociedade plural e secular, o conceito de que cada pessoa tem o direito e o dever de se autorrealizar — não obstante a existência de situações de especial fragilidade física e psicológica. De acordo com a teoria da motivação humana proposta por Abraham Maslow¹, o ser humano tem necessidades diferentes que podem ser estratificadas e ordenadas em necessidades fisiológicas, segurança, sociais, estima e autorrealização. As motivações que visam a satisfação de desejos individuais são, de um modo geral, meios e não fins em si mesmo. Assim, as necessidades

¹ A. MASLOW, *Toward a Psychology of Being*, John Wiley & Sons, New York, 1999, Third Edition.

de ordem superior só emergem após a satisfação das necessidades de ordem inferior, mas a partir deste momento controlam totalmente a atividade global do indivíduo. Trata-se do postulado de que as necessidades humanas básicas estão organizadas numa hierarquia funcional de prepotência relativa. A gratificação e a privação são então instrumentais, mesmo nucleares, nesta análise do comportamento humano.

Porém, ainda que, à luz dos valores éticos emanados das correntes mais representativas do pensamento, um cidadão seja portador de direitos, não pode esquecer-se que a vida de cada pessoa sempre se desenrola em relação com outros membros da comunidade. Pelo que, valores de natureza social, fundados no princípio da solidariedade, devem ser cuidadosamente ponderados e articulados com o direito ao livre arbítrio de cada um de nós. Por “solidariedade” deve entender-se a percepção de unidade no interior de um grupo populacional e a vontade de sofrer as consequências daí resultantes. A solidariedade pode ser voluntária — como quando, a título de exemplo, uma pessoa age por motivos humanitários — ou compulsiva — quando o governo tributa a população através dos impostos de forma a providenciar serviços universais. Quando o ser humano atinge um determinado patamar civilizacional, e se liberta da miséria, da ignorância, e do medo, evolui num sentido mais gregário, e menos individualista, valorizando a liberdade individual, a participação social, e sentimentos de solidariedade para com os mais desfavorecidos.

Neste quadro axiológico deve perguntar-se se existe espaço para uma visão igualitária entre os seres humanos, não apenas a nível de uma sociedade em particular, mas também à escala global. Não parece ser mais defensável uma visão radical da igualdade, mas sim e tão só o princípio matricial de que todas as pessoas — independentemente da sua convicção religiosa, política ou ideológica — são iguais no atinente à sua dignidade e aos seus direitos fundamentais. Está em causa a criação de condições para uma igualdade de oportunidades no acesso aos bens sociais que promovam a autorrealização pessoal: designadamente, e sobretudo, o acesso à educação, à saúde, e ao trabalho e formação profissional. Decorre deste pressuposto, que a sociedade deve organizar-se de modo a que todos os cidadãos estejam em efetiva igualdade de oportunidades. Esta visão das relações sociais implica, nalguns casos, políticas de discriminação positiva como é o caso da estratégia designada por *affirmative action*, e implementada nos Estados Unidos da América, e noutros países, por exemplo no âmbito do acesso ao ensino superior, público e privado. Assim, algumas políticas sociais podem implicar a discriminação positiva de pessoas pertencentes a grupos minoritários que foram discriminados ao longo da nossa história coletiva.

Em síntese, a dignidade humana — de todas as pessoas humanas — deve ser considerado como o fundamento da ética numa sociedade plural e secular, conceito do qual decorrem os valores estruturantes da nossa sociedade designadamente a liberdade ética da pessoa, a solidariedade interpessoal, e a igualdade de oportunidades no acesso aos bens sociais.

UMA REVOLUÇÃO NA CONCEÇÃO JURÍDICA DA PARENTALIDADE? BREVES REFLEXÕES SOBRE O NOVO REGIME JURÍDICO DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

A REVOLUTION ON THE LEGAL CONCEPT OF PARENTAGE? — BRIEF
REFLECTIONS OVER THE NEW LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE TO
MEDICALLY-ASSISTED REPRODUCTION

Rute Teixeira Pedro*

RESUMO

Em 2016, as leis n.º 17/2016, de 20 de junho e n.º 25/2016, de 22 de agosto introduziram mudanças significativas na Lei da procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho de 2006). De entre as alterações produzidas destaca-se a erosão do princípio da subsidiariedade quanto ao recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, a expansão do círculo de beneficiários de tais técnicas, e o reconhecimento de validade aos contratos de gestação de substituição. Destas alterações legais pode concluir-se que está em curso, em Portugal, uma revolução no direito da filiação, com a emergência de uma parentalidade intencional em que o superior interesse da criança parece estar a ser negligenciado.

Palavras Chave — PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA, CONTRATOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA, FILIAÇÃO, PARENTALIDADE

ABSTRACT

In 2016, Portuguese law applicable to medically-assisted procreation (Law n° 32/2006, dated 26 July, 2006) has been significantly changed by two laws (Law n° 17/2016, dated 20 June, 2016, and Law n° 25/2016, dated 22 August, 2016). The legal amendments encompass the erosion of the principle of subsidiarity of the use of medical assistance to procreate, the expansion of the circle of beneficiaries of those techniques, as well as the recognition of the validity of gestational surrogacy contracts. From the sequence of those legal modifications it can be deduced that a revolution is taking place in the Portuguese Law of affiliation, with the emergence of a newly-shaped intentional parentage where the best interest of the child yet to be born may be neglected.

KEY WORDS — MEDICALLY-ASSISTED PROCREATION, GESTATIONAL SURROGACY CONTRACTS, BEST INTEREST OF THE CHILD, AFFILIATION, PARENTAGE

SUMÁRIO: 1. *Observações Introdutórias*; 2. *O regime consagrado no Código Civil para o estabelecimento da filiação e a predominância da verdade biológica*; 3. *A multiplicação dos desvios à verdade biológica e a paulatina mudança de paradigma: a emergência da parentalidade*; 4. *Dois projetos parentais assentes numa verdade de intenção*; 4.1. *A adoção*; 4.2. *A procriação medicamente assistida*; 5. *O défice de proteção do superior interesse da criança no âmbito da filiação (parentalidade) nascida do recurso a técnicas de PMA*. 5.1. *A erosão do princípio da subsidiariedade e o alargamento do círculo de beneficiários: a atenuação dos requisitos de acesso às técnicas de PMA*; 5.2. *A definição da*

* rpedro@direito.up.pt. Professora Auxiliar da FDUP e Investigadora do CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

parentalidade e o afastamento da averiguação oficiosa da parentalidade; 5.3. A aplicação do modelo contratual às gestações de substituição e as consequências ao nível da definição da parentalidade da criança; 6. Observações conclusivas.

1. Observações Introdutórias

As alterações recentes ao regime da procriação medicamente assistida dão-nos o ensejo para a reflexão sobre as implicações que o recurso a essas técnicas médicas tem no que respeita à definição das relações jurídico-familiares de filiação relativas ao ser que, através delas, venha a ser gerado. Trata-se de uma reflexão que já era suscitada pela versão originária da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que, dando cumprimento a uma incumbência do Estado prevista na alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa, veio regular a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)¹.

Na verdade, a possibilidade de recurso a técnicas científicas para permitir a geração de um novo ser humano, e a possibilidade de, em tal âmbito, utilizar material genético de terceiros dadores — como já acontecia na versão originária da lei da procriação medicamente assistida — interpelam o direito da família, no que respeita ao estabelecimento das relações de filiação. As alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, e pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto² acentuam, como veremos, a necessidade de reflexão³.

Como procuraremos demonstrar, julgamos que, com as alterações de 2016, se concretizou, no nosso ordenamento jurídico, uma revolução⁴ na configuração jurídica da re-

¹ Doravante vamos empregar esta abreviatura (PMA) para nos referirmos à Procriação Medicamente Assistida.

² Mais recentemente a Lei n.º 32/2016, de 26 de julho foi alterada pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, que lhe veio aditar o artigo 16.º-A relativo ao destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico que sejam recolhidos e não sejam utilizados. Por sua vez, o decreto regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, aprovou a regulamentação de matérias que, com o alargamento dos beneficiários das técnicas de PMA, produzido pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, importava regulamentar. Como se lê no preâmbulo deste Decreto, pretende-se “concretizar esse acesso [às técnicas de PMA] sem exclusão, assegurando uma prestação de serviços adequada, segura e não discriminatória”. Cerca de um ano depois, o decreto regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho veio regulamentar o acesso à gestação de substituição.

³ Usaremos a abreviatura LPMA para nos reportarmos à Lei n.º 32/2016, de 26 de julho, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto e, finalmente, pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho. Acresce que, quando citarmos algum artigo sem referência ao diploma que pertence, deve entender-se que integra a mesma versão de tal lei.

⁴ Os primeiros sinais desta revolução encontram-se na Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro que, visando eliminar as discriminações no acesso a certas relações jurídicas familiares, veio permitir a adoção conjunta por casais formados por duas pessoas do mesmo sexo. As alterações de 2016 à lei da procriação medicamente assistida sobre que nos iremos debruçar nas próximas páginas, deram corpo à rutura com o paradigma em que assentava a relação de filiação até então, como procuraremos explicar em texto. Já tivemos oportunidade de nos pronunciar nesse sentido em dois artigos: An ongoing (r)evolution unfolded step by step: redefinition of the legal concept of parentage and

lação de filiação, como relação de parentesco de 1.º grau, o que pode ser atestado até pela emergência de uma nova terminologia para designar relações familiares dessa espécie.

Falamos do vocábulo “parentalidade” como se lê, hoje, na epígrafe e no corpo do artigo 20.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho. Nas novas fórmulas legais, passou a empregar-se, também neste âmbito, uma terminologia inspirada na palavra “parental” — adjetivo de origem latina (“*parentalis*”) que procura significar o que é relativo ao pai e à mãe. Trata-se de um vocábulo que já foi usado na Reforma produzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, para qualificar, de forma neutral quanto ao género, as responsabilidades correspondentes aos efeitos associados à filiação e que, no passado, tomavam a designação de poder paternal⁵.

A inauguração, também no que respeita à matéria da definição das referidas relações familiares⁶, de uma terminologia inspirada na palavra “parental” para designar as relações que se vão estabelecer entre o novo ser gerado com o recurso àquelas técnicas e aquela pessoa ou aquelas pessoas que, respetivamente, vai ou vão ser tratadas, pelo direito, como seu ou seus ascendentes de primeiro grau — uma relação que já era conhecida e regulada pelo direito, sob a designação “filiação”, quando surgia associada à procriação natural — é sintomática da revolução ocorrida.

2. O regime consagrado no Código Civil para o estabelecimento da filiação e a predominância da verdade biológica

Tradicionalmente, o legislador português ocupou-se do regime jurídico do estabelecimento da filiação tendo em consideração apenas as crianças nascidas em resultado da procriação natural, através, portanto, da prática de relações sexuais entre os procriantes, que eram, nessa medida, necessariamente um homem e uma mulher.

Apesar da existência de uma norma (o n.º 3 do artigo 1839) datada da reforma de 1977⁷, que, lateralmente se referia à hipótese de haver recurso, por mulher casada, à

promotion of children`s autonomy. An overview of the current developments in the Portuguese Law regarding Children`s rights and affiliation, in *The International Survey of Family Law 2016 Edition*, Bill Atkin (editor), Bristol, Jordan Publishing, 2016, pp. 391 e ss. E, mais recentemente, na edição de 2017 da mesma publicação periódica, *The dawn of a brave new world in Portugal? — A critical overview of the new legal framework applicable to medically-assisted procreation*, in *The International Survey of Family Law: 2017*, in Margaret Brinig (editora) Bristol, Jordan Publishing, 2017, pp. 271 e ss.

⁵ Sobre o significado desta mudança terminológica e a importância da linguagem, vide MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio*, 6.ª ed. Revista e aumentada, Almedina, 2014, pp. 21 e ss.

⁶ As relações familiares entre pais e filhos, sempre mereceram um tratamento especial da parte do legislador, como relações de parentesco. O tratamento, no plano legal, encontra-se dividido em duas áreas: o estabelecimento da filiação (artigos 1796.º a 1873 do Código Civil) e os efeitos da filiação (artigos 1874 a 1972 do mesmo Código). Ora no segundo núcleo normativo, já encontrávamos presente, desde a reforma produzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a nova opção terminológica. Quanto ao primeiro, a opção terminológica da Lei da PMA é particularmente significativa.

⁷ Com esta expressão, como vindo sendo corrente, designamos a reforma legislativa concretizada pelo Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

inseminação artificial com consentimento do marido (prevendo-se que o marido, nesse caso não podia impugnar a paternidade presumida nos termos do artigo 1826), o regime previsto para o estabelecimento da filiação no Código Civil foi pensado para a filiação que é fruto da procriação natural.

Ademais, a disciplina constante dos artigos 1796.º e ss do referido Código assenta, em larga medida, no princípio do biologismo ou da verdade biológica⁸. Este princípio, considerado capital nesta matéria, desde a Reforma produzida pelo Decreto-Lei n.º 496/1977, de 25 de novembro, que lhe deu primazia, ditando o recuo da vigência de outros valores que, anteriormente, mereciam tutela, como sejam os da paz familiar ou da legitimidade da filiação quando assente no casamento dos progenitores⁹.

Através do regime consagrado no Código Civil, o legislador procura, então, que juridicamente sejam pai e mãe de uma criança, aquelas pessoas que biologicamente são pai e mãe. Este liame biológico é entendido, quanto ao primeiro, no sentido em que foi o seu espermatozoide que fecundou o óvulo da mãe, e, quanto à segunda, no sentido em que foi do seu ventre que o filho nasceu. Para esse efeito, o legislador procura que as soluções substanciais consagradas promovam essa coincidência e, do mesmo passo, atribui ao Ministério Público, em representação do Estado, a incumbência para, em caso de paternidade ou maternidade omissas, buscar os progenitores à luz daqueles critérios, através de uma ação de averiguação oficiosa de paternidade ou maternidade a que se pode seguir uma ação de investigação de paternidade¹⁰, em que se peça o reconhecimento judicial da

⁸ Sobre este princípio, *vide*, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Vol. II — Direito da Filiação, T. I Estabelecimento da filiação. Adoção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 52 e ss e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 98 e ss.

⁹ A proteção desses valores continuam a inspirar algumas soluções vigentes no presente. Pense-se, por exemplo, nas que se encontram contidas no artigo 1841. Este preceito não atribui legitimidade para a propositura de uma ação de impugnação da paternidade presumida do marido da mãe àquele que se declare pai de uma criança relativamente à qual a paternidade tenha sido estabelecida, nos termos do artigo 1826. Aquele que se apresente como pai da criança tem que dirigir ao tribunal, no prazo (curtíssimo) de sessenta dias a contar da data em que a paternidade do marido da mãe conste no registo, requerimento para que seja proposta ação de impugnação pelo Ministério Público. A ação será proposta apenas se a viabilidade daquele pedido for reconhecida pelo Tribunal. Sobre esta iniciativa “fortemente limitada e as razões que lhe subjazem, considere-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Vol. II — T. I cit.*, pp. 126 e 127.

¹⁰ A ação de investigação de paternidade ou de maternidade será proposta se, finda a instrução da ação de averiguação oficiosa da paternidade ou de maternidade, sem que a maternidade tenha sido declarada pela mãe, nem reconhecida pelo pai, o Ministério Público concluir pela viabilidade das ações da primeira espécie, emitindo decisão nesse sentido. Veja-se o regime dos artigos 60.º a 64.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro que operou a revogação tácita de alguns segmentos normativos que compõem o regime previsto no Código Civil, nos artigos 1808.º a 1813.º e nos artigos 1864.º a 1868.º (por exemplo, do artigo 62.º daquele primeiro diploma resultou a revogação parcial do n.º 4 do artigo 1808.º e no n.º 5 do artigo 1865.º, na parte em que acometia ao Tribunal a decisão sobre a viabilidade das ações de investigação de maternidade ou paternidade).

paternidade do investigado¹¹.

Essa coincidência entre a verdade biológica, entendida nos termos *supra* referidos, e a verdade jurídica é promovida, também, pelos progressos científicos que disponibilizam novas técnicas de aferição, com elevado grau de fiabilidade, do vínculo biológico entre o filho(a) e o investigado(a). A possibilidade de utilização, enquanto prova pericial regulada nos artigos 388 e seguintes do Código Civil, é reafirmada, para este concreto âmbito, pelo legislador no artigo 1801 do mesmo Código.

Paradoxalmente, são, também, essas conquistas científicas — ao proporcionarem a conceção de um ser humano através das técnicas de procriação medicamente assistida em que se pode recorrer a células reprodutivas doadas por terceiros — que podem ditar um desvio à prosseguida verdade biológica. Algumas *factispecies* — as da procriação heteróloga (que já era permitida pela Lei na versão originária), e da maternidade de substituição (aceite, hoje, nos termos do artigo 8 da Lei da Procriação Medicamente assistida na redação que lhe foi dada pela Lei 25/2016, de 22 agosto — fornecem, desde logo, as premissas para o desvio aos critérios biológicos escolhidos pelo Código Civil (de natureza genética quanto ao pai e relativo ao ato de parto quanto à mãe). Trata-se, então, de um desvio ao princípio magno do estabelecimento da filiação, entre nós, justificado em homenagem — espera-se — a uma outra verdade de que falaremos daqui a pouco.

3. A multiplicação dos desvios à verdade biológica e a paulatina mudança de paradigma: a emergência da parentalidade

Para além da verdade biológica, tradicionalmente, outras verdades foram reconhecidas, no ordenamento jurídico português, enquanto fundamentos legítimos para a concretização de projetos parentais¹². Na verdade, ao lado da filiação biológica nos termos

¹¹ Importa destacar que as situações em que o Ministério Público proporá ações de maternidade ampliaram-se, recentemente, com a ultrapassagem, por força do disposto no n.º 2 do artigo 62.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro) dos limites temporais que eram assinalados, na alínea b) do artigo 1809.º do CC, à propositura das referidas ações. Naquela norma prevê-se que nos casos em que o decurso do prazo de dois anos sobre a data de nascimento impeça a propositura de ação de investigação de maternidade, o Ministério Público iniciará, de imediato, todas as diligências tidas por necessárias à instauração de ação de investigação, usando de todos os meios de prova já recolhidos no âmbito da instrução da averiguação oficiosa.

¹² Sobre estas outras verdades (social, afetiva, intencional), *vide* GUILHERME DE OLIVEIRA, Critérios Jurídicos da Parentalidade, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Guilherme de Oliveira (editor), Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 271 e ss, em especial pp. 278 e ss, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo* cit., pp. 98 e ss. No direito estrangeiro, considere-se GABRIELE BRITZ, Biological and social Parenthood, in *Family Law and Culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff e Werner Gephart (editors), Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2014, pp. 169 e ss, FRANÇOISE MONÉGER, France: Biological and Social Parentage, in *Family Law and Culture in Europe. Developments, challenges and opportunities* cit., pp. 175 e ss e VVAA, *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Ingeborg Schwenzer (editora), Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, ao longo de toda a obra e ainda as observações sobre “*Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft — Herausforderungen durch neue Familienformen*” incluída no trabalho produzido pela “*Deutscher Juristentag*”, datado de

supra referidos, acolheu-se, entre nós¹³, a denominada filiação adotiva, assente numa verdade sociológica e afetiva aferida ao longo de um processo complexo, e reconhecida a final por uma decisão judicial constitutiva do vínculo adotivo, nos termos do n.º 1 do artigo 1973.º do CC.

Ora, à luz do brocardo latino “*adoptio natura imitatur*”, a adoção pretendia imitar a natureza, sendo mesmo, num primeiro momento, subsidiária em relação a ela¹⁴. A adoção supria a falta de prole gerada naturalmente sob o manto da legitimidade. Nesse sentido, como resultava do regime vertido na versão original do n.º 1 do artigo 1981.º do Código Civil, só se admitia a adoção plena¹⁵ conjunta por um casal formado por um homem e por uma mulher unidos por casamento com uma duração mínima de 10 anos, e desde que não estivessem separados judicialmente de pessoas e bens e não tivessem descendentes legítimos.

Um primeiro desvio em relação a esse modelo foi logo introduzido pela Reforma de 1977, ao permitir-se a adoção singular só por uma pessoa, fosse homem, fosse mulher — portanto, sem haver imitação do modelo da natureza que pressupõe a necessária intervenção de um homem e de uma mulher. Mais recentemente, a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro veio desferir um outro ataque àquela ideia de imitação da natureza, dado que veio possibilitar a adoção conjunta por casais (casados ou em união de facto¹⁶) formados por pessoas do mesmo sexo (dois homens ou duas mulheres, portanto).

Então, a invocação do citado brocardo latino já não reflete o modelo presente no regime vigente na atualidade para a adoção. Hoje, a relação adotiva já não replica, necessariamente, o modelo da natureza, apesar da semelhança com a filiação natural assinalada na letra do artigo 1586.º do CC e que conduz a que os efeitos jurídicos associados àquela, nos termos do artigo 1986.º do mesmo código, sejam idênticos aos prevê para o parentesco baseado no nexó biológico: o adotado adquire a situação jurídica de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família do mesmo. Entre eles, cria-se, portanto, um vínculo jurídico do parentesco adotivo.

2016, que prepara propostas para a reforma da legislação, acessível em [http:// www.djt.de/fileadmin/downloads/71/Beschluesse_gesamt.pdf](http://www.djt.de/fileadmin/downloads/71/Beschluesse_gesamt.pdf), pp. 40 e ss).

¹³ Com uma interrupção durante a vigência do Código Civil de Seabra que não consagrava o instituto da adoção.

¹⁴ Sobre o instituto de adoção, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Vol. II-T. I* cit., pp. 262 e ss e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo* cit., pp. 144 e ss.

¹⁵ Hoje, depois da reforma produzida pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, só existe uma modalidade de adoção, cujos efeitos equivalem aos efeitos que, anteriormente, se associavam à adoção plena. Em 2015, foi eliminada a adoção restrita que produzia efeitos mais reduzidos (definidos nos artigos 1994 a 2002, entretanto revogados), não importando a aquisição pelo adotado da situação jurídica de filho do adotante, nem a integração deste e dos seus descendentes na família daquele, nem a extinção das relações com a família natural. Por esse facto, em texto, em que nos estamos a referir à adoção como instrumento de constituição de uma relação semelhante à da filiação, só nos referimos à adoção plena.

¹⁶ Esse era um dado já resultante da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio que veio permitir a adoção conjunta por unidos de facto, desde que, à época, os mesmos fossem de sexo diferente.

Cumpre advertir que este desvio em relação ao modelo da natureza consubstancia o reflexo de uma alteração mais geral que, paulatinamente, se vem fazendo sentir na conceção de parentalidade — o que explica a utilização de um vocábulo novo e dotado de neutralidade de género necessária e que, por isso, é suficientemente agregadora de situações variadas: parentalidade.

É que a parentalidade — que quanto aos efeitos se equipara à filiação biológica, ie ao parentesco de primeiro grau na linha reta — já não se recorta a partir do modelo da natureza. Acontece na filiação adotiva, como acabamos de referir. Mas é também o que acontece na procriação medicamente assistida.

O recurso a estas técnicas permite que os filhos, através delas gerados, possam não ter material genético de uma ou de nenhuma das duas pessoas — em caso, respetivamente, de procriação, parcial ou totalmente, heteróloga — que, nos termos do artigo 10.º e do artigo 21.º da Lei da PMA, vão ser havidas, juridicamente como ascendentes de primeiro grau na linha reta. Acresce que, para além disso, a partir da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, a possibilidade de recurso a essas técnicas por uma mulher isoladamente ditará uma filiação estabelecida, como vamos ver, apenas quanto a uma mulher (necessariamente, na medida em que, como veremos, por força da lei se afasta a possibilidade de averiguação e consequente estabelecimento da paternidade). Já o recurso a essas técnicas por casais formados por duas mulheres, como resulta, hoje, do artigo 6 da LPMA, com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, ditará o estabelecimento da filiação quanto a duas mulheres.

Note-se que, se considerarmos os efeitos jurídicos associados à constituição destes vínculos, se trata de resultados que são idênticos àqueles a que se pode chegar, hoje, através da adoção, após a alteração da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro — melhor, quase totalmente idênticos, com a diferença de um homem poder adotar singularmente uma criança, mas não poder, isoladamente, recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida, por a possibilidade de recurso singular apenas estar prevista, no novo n.º 3 do artigo 4.º da LPMA, para todas as mulheres¹⁷.

Temos, de qualquer modo, um modelo de constituição de vínculos de parentesco de primeiro grau (tecnicamente em sentido próprio ou equiparada em termos de efeitos nos termos do artigo 1986, no caso da adoção) que não corresponde ao modelo da natureza, no que vai contida uma alteração ao modelo que vigorou, tradicionalmente, entre nós. Esta poderia ser já a marca da revolução em curso sobre que nos interrogávamos no título desta comunicação. Julgamos, no entanto, que as alterações introduzidas na lei da PMA no ano de 2016 intensificam a radicalidade desta revolução.

¹⁷ Numa distinção, cujo fundamento que descortinamos — ainda que nos pareça de suficiência duvidosa — será a de, no caso dos homens, haver necessariamente recurso à celebração de um contrato de gestação que não caberia nos exíguos limites do n.º 3 do artigo 8.º da LPMA reformada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

4. Dois projetos parentais assentes numa verdade de intenção¹⁸

A apreciação da dimensão da revolução em curso pressupõe que consideremos mais de perto e confrontemos certos aspetos do regime jurídico dos dois projetos parentais que se baseiam numa verdade de intenção. Falamos da adoção e da procriação medicamente assistida.

Na verdade, apesar do ponto em comum que enunciámos *supra* na secção 3 desta exposição — ie, o desprendimento em relação ao paradigma presente na natureza — vários são os pontos que distanciam o projeto parental concretizado através da adoção em relação ao projeto parental concretizado através do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida. Para além da diferença óbvia que resulta do facto de, num caso, se tratar de definir o projeto biográfico de uma criança já nascida e, no outro caso, se tratar de dar origem a uma criança que ainda não foi concebida e em que mais do que desenhar o percurso de vida que lhe vai caber se vai criar a própria existência, várias são as diferenças que se encontram nos regimes jurídicos que correspondentemente se lhes aplicam.

A verdade é que o direito consagrou em vários aspetos soluções diversas as duas realidades constitutivas de projetos parentais como procuraremos expor de seguida.

4.1. A adoção

De facto, na adoção e no regime jurídico para ela previsto, mesmo à luz da reforma de 2015-2016¹⁹, o superior interesse da criança é erigido a princípio nuclear, sendo chamado a iluminar todas as soluções acolhidas legalmente, à luz do disposto no artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança assinada em Nova Iorque em 26 de janeiro de 1990 e no artigo 1 da Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, assinada em Haia a 29 de maio de 1993.

Essa é, aliás, uma conquista alcançada no século XX e que entronca na transformação da conceção da criança ocorrida no mesmo período temporal. O legislador proclamou-o abundantemente. Veja-se a título ilustrativo, o n.º 1 do artigo 1974.º do Código Civil e o artigo 3 do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro.

Para o efeito, encontra-se previsto na lei um processo que, embora se pretenda ágil e célere, é composto por várias etapas e pressupõe a intervenção de várias entidades (de natureza administrativa e judicial), buscando-se no seu decurso a apreciação da adequação do processo adotivo para aquela criança.

¹⁸ É o que INGEBORG SCHWENZER denomina “*intentional parentage*”. Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage, in *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage* cit., p. 11. Também GUILHERME DE OLIVEIRA se refere à vontade (e ao cuidado) como critério de parentalidade. In *Critérios Jurídicos da Parentalidade* cit., pp. 278.

¹⁹ Referimo-nos aos anos de 2015 e 2016 para abranger a transformação operada pelo Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, mas também à mudança decorrente da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro que deixou de exigir a diversidade de sexos dos adotantes na adoção conjunta.

O juízo sobre tal adequação será formulado, em vários momentos²⁰, e por entidades diversas. Pressupõe, desde logo, que se estude(m) o adotante ou adotantes (consoante a adoção seja singular ou conjunta), para avaliar, entre outras coisas, a sua personalidade, a sua saúde, a sua idoneidade para criar e educar a criança, a respetiva situação familiar e económica e as razões determinantes do seu pedido.

Ademais a lei exige que, quando os adotantes sejam casados ou vivam em união de facto, o casamento ou a união de facto tenham uma duração mínima de 4 anos, visando salvaguardar a estabilidade do contexto familiar em que a criança adotada vai ser integrada. Trata-se de uma exigência expressamente prevista na lei, no artigo 1979.º, n.º 1 do Código Civil, para a adoção conjunta, mas que parte da doutrina portuguesa²¹ estende também à adoção singular, em homenagem ao objetivo de garantir a promoção do interesse da criança.

Acresce que se encontram consagrados, no artigo 1979.º do Código Civil, limites etários mínimos e máximos, que se destinam, os primeiros a garantir a maturidade suficiente dos adotantes e os segundos a assegurar, por um lado, que o adotando não se veja órfão muito cedo — assim anulando muitas das vantagens da adoção — e a garantir, por outro lado, que a relação que se estabelecerá entre adotante e adotado se aproximará daquela que existe com ascendentes de primeiro grau (pais) e não aquela que existe com ascendentes de segundo grau (avós). Em qualquer caso, em homenagem e dando cumprimento ao superior interesse da criança ou jovem adotado!

Ademais impõe-se, nos termos do artigo 1981.º do CC, a emissão de consentimento por certas pessoas, que não apenas o(s) dos adotante(s) (por exemplo, o cônjuge do adotante quando a adoção seja uma adoção singular por pessoa casada) e exige-se a audição de certas pessoas (por exemplo, os outros filhos do adotante maiores de 12 anos, nos termos da alínea a) do artigo 1984.º do CC).

Em todos estes traços de regime vemos refletido que a adoção não se reconduz a um ato puramente volitivo. Não é uma pura manifestação de autonomia privada, não tendo

²⁰ Segundo o Regime Jurídico do Processo de adoção (doravante RJPA) aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, três são as fases que, necessariamente, compõem o processo: primeiramente, a fase preparatória (enunciada na al. a) do artigo 40 e regulada nos artigos 41.º a 47.º do RJPA), em que se identificam e estudam as crianças em situação de adotabilidade (n.º 3 do artigo 41.º) e em que se aprecia a candidatura apresentada pelos candidatos a adoção (n.º 6 do artigo 44.º); em segundo lugar, a fase de ajustamento entre crianças e candidatos (enunciada na alínea b) do artigo 40º e regulada nos artigos 48.º a 51.º do RJPA) que compreende 3 subfases (período de aferição da correspondência entre as necessidades da criança e as capacidades dos candidatos; período de transição e período de pré-adoção); finalmente, a fase do processo (judicial) de adoção (enunciada na alínea c) do artigo 40.º e regulada nos artigos 31.º e 32.º e artigos 52.º a 59.º do RJPA). Depois da constituição do vínculo adotivo, pode seguir-se a fase de pós-adoção (regulada no artigo 60.º do RJPA) que é de verificação eventual, dependendo de solicitação expressa dos destinatários, traduzindo-se numa intervenção técnica especializada junto do adotado e da respetiva família, proporcionando aconselhamento e apoio na superação de dificuldades decorrentes da filiação e parentalidade adotivas.

²¹ Nesse sentido, veja-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II-T. I cit., p. 295.

natureza negocial. Esta é, aliás, uma grande diferença face à conceção da adoção que vigorava no direito romano. É certo que tem que haver uma manifestação de vontade para dar o início a processo de adoção, nomeadamente com emissão da declaração de intenção de adotar junto do organismo de segurança social do organismo de Segurança Social (OSS) ou instituição particular autorizada (IPA), nos termos do n.º 1 do artigo 43.º, 1 do Regime Jurídico do Processo de adoção aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro. O consentimento dos adotantes é, aliás, exigido nos termos do artigo 1981.º do CC, podendo a sua falta ou vício ditar a revisão da sentença, nos termos das alíneas a), c) e d) do n.º 1 do art. 1990 do mesmo Código. Mas esta manifestação de vontade não é suficiente para criar o vínculo adotivo.

Acresce que o adotado é também ouvido, qualquer que seja a sua idade²², e tem que consentir quando tiver mais de 12 anos (alínea a) do n.º 1 do artigo 1981.º do CC). Mas não é a vontade dos adotantes, nem sequer uma vontade concordante de adotantes e adotados que é o ato constitutivo da relação adotiva. A vontade tem que ser integrada por um ato de uma autoridade pública que, velando pelo respeito dos requisitos, sempre orientado pelo superior interesse da criança, constitui a relação.

4.2. A procriação medicamente assistida

Observações idênticas às que foram expostas na subsecção anterior não podem ser formuladas quanto ao regime vigente para a procriação medicamente assistida.

Na verdade, as técnicas de procriação medicamente assistida surgem, em primeira linha, para proporcionar oportunidades de procriação aos adultos que a elas recorrem — e, nessa medida, justamente chamados beneficiários — e não para servir o superior interesse da criança que vai ser gerada.

Julgamos, por isso, que o fundamento da filiação assente na procriação medicamente assistida é uma verdade intencional, uma pura verdade do querer assumir um projeto parental e para esse efeito — para se cumprir essa vontade — um novo ser é criado (cujos interesses não estamos certos de que estejam a ser devidamente ponderados).

Nesse sentido, aliás, deporão os critérios definidos no artigo 20.º da LPMA quanto à determinação da parentalidade²³. Em homenagem à vontade dirigida àquele objetivo

²² Sem prejuízo das hipóteses em que o adotando tem que emitir consentimento para a adoção, o adotando tem que ser ouvido, nos termos do artigo 3.º (princípio da participação) e da alínea c) do n.º 1 do artigo 54.º do RJPA. Ademais o princípio da “audição obrigatória e participação está previsto na al. j) do artigo 4.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens e Perigo e, no que respeita às disposições processuais gerais, no artigo 84.º da mesma lei que manda aplicar o regime previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º e no artigo 5.º do Regime Geral do Processo Tutela Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

²³ Sobre o estabelecimento da filiação em caso de recurso à PMA, *vide* JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo* cit., pp. 198 e ss. Sobre os reflexos da PMA no âmbito das relações familiares, no Direito Brasileiro, considere-se ANA CLÁUDIA S. SCALQUETTE, *Estatuto da reprodução Assistida*, Editora Saraiva, 2010, pp. 159 e ss, e quanto ao estabelecimento da filiação, em particular pp, 233 e ss.

de dar concretização ao processo parental voluntariamente traçado — vontade esclarecida e exteriorizada nos termos do artigo 14.º da LPMA — se explica a solução jurídica adotada para a determinação da parentalidade. Quer dizer, a criança nascida através do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida é considerada, para o direito, como filha daqueles que prestem consentimento nos termos do artigo 14.º, *id est*, dos beneficiários das técnicas (por um lado, uma mulher singularmente, e por outro lado, um casal — casado ou unido de facto — constituído por um homem e uma mulher, ou por duas mulheres).

Numa formulação — um pouco confusa para dizer o menos — o legislador parece estender, *ope legis*, a parentalidade, às pessoas que estejam casadas ou unidas de facto com aqueles que consentiram, parecendo, com isso, querer significar que estes podem ser havidos, juridicamente, como progenitores independentemente de terem consentido ou não, e, portanto, serem *hoc sensu* beneficiários das técnicas que não consentiram, através de uma presunção de parentalidade.

O entendimento acabado de referir não parece, no entanto, ser o correto, atenta a exigência no n.º 2 do mesmo artigo que requer, para a aplicação do disposto no n.º 1, em caso de ausência no ato de registo de quem prestou o consentimento, a exibição, nesse mesmo ato, de documento comprovativo de que foi prestado consentimento nos termos do artigo 14.º, só nesse caso se estabelecendo a respetiva parentalidade. No mesmo sentido, depõe o n.º 4 que possibilita a impugnação da parentalidade estabelecida se a pessoa casada ou que viva em união de facto com uma pessoa submetida a técnicas de PMA, provar que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado. Da leitura conjugada destas normas parece resultar, portanto, que o funcionamento do que aparentemente é uma presunção de parentalidade, antes constituirá uma tradução, no estabelecimento da parentalidade, das vontades manifestadas através dos consentimentos disciplinados no artigo 14.º da LPMA.

Para a prevalência da verdade intencional, contribuirá o, pelo menos aparente alargamento, do desvio ao princípio da subsidiariedade constante do n.º 3 do artigo 4.º da LPMA. Na verdade, o único objetivo que antes da reforma operada no ano passado, devia guiar o recurso às técnicas de PMA era a concretização de um projeto parental que a natureza, por si só, não possibilitasse — ou que só possibilitasse “com grave risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”, como, aliás se continua a ler na parte final do n.º 2 do artigo 4.º da LPMA. Hoje, as técnicas referidas podem ainda ser utilizadas “por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”, no que parece ir contida uma ideia de alternatividade dos metidos de conceção (natural ou através das técnicas de PMA, numa disjunção à escolha da beneficiária). O princípio da beneficência com apelo a indicação médica para o recurso a estas técnicas estará, certamente, em causa.

E, no cumprimento da verdade intencional referida, não sabemos se, em vários pontos que enunciaremos na próxima secção, se estará a curar, devidamente os interesses do ser que vai ser criado. É que, note-se que — mesmo, quanto à filiação biológica, que, em última análise, dependerá da vontade dos intervenientes no ato reprodutivo — o direito sempre curou do interesse do filho.

À luz desse interesse se explica, quer a proclamação do critério da legitimidade com base no casamento, como aconteceu até 1977, quer o acolhimento do princípio do biologismo, depois da dessa data. Tais opções forma sempre caucionadas pela ideia de promoção do superior interesse da criança, à semelhança, aliás, do que acontece na adoção.

E, na hipótese de procriação medicamente assistida? Estará o interesse do filho, ie da criança que vai se gerada suficientemente protegido? Será que se presume que uma existência gerada com base nas técnicas de procriação medicamente assistida satisfaz sempre o interesse da pessoa concebida? A este propósito perguntamos porque não se rodeia de cuidados idênticos aos da adoção a constituição de um projeto parental através das técnicas de procriação medicamente assistida? É que da falta de requisitos idênticos resulta um âmbito de aplicação consideravelmente mais amplo²⁴, como veremos, e um défice de proteção da criança que vai nascer, como explicitaremos na próxima secção.

5. O défice de proteção do superior interesse da criança no âmbito da filiação (parentalidade) nascida do recurso a técnicas de PMA

5.1. A erosão do princípio da subsidiariedade e o alargamento do círculo de beneficiários: a atenuação dos requisitos de acesso às técnicas de PMA

Hoje, nos termos do artigo 6.º da LPMA “podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”, exigindo-se, para o efeito, somente que tenham, pelo menos 18 anos de idade e que não se encontrem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica. A este propósito surgem-nos várias questões:

Em primeiro lugar, perguntamos: podem, hoje, casais casados mas separados de pessoas e bens recorrer a estas técnicas? É que, no passado, o artigo 6.º da LPMA excluía esses casais. Hoje nada diz. A alteração da redação da norma, com o desaparecimento da exigência anteriormente enunciada, parece apontar para uma resposta positiva, no sentido de que casais casados mas separados de pessoas e bens podem recorrer a estas técnicas. Mas tais casais não podem adotar: o n.º 1 do artigo 1979.º do CC é claro nesse sentido.

Em segundo lugar, perguntamos: podem, hoje recorrer às técnicas de PMA, os cônjuges que estejam separados de facto? A lei da PMA no passado não se referia a essa situação, no presente também não. Diversamente, o regime da adoção considera a situação de separação de facto excludente do direito a adotar, à luz do artigo n.º 1 do 1979.º do CC.

Em terceiro lugar, ocorre-nos a seguinte questão: a união de facto e o casamento que una os beneficiários não devem ter uma duração mínima para que o recurso a estas técnicas seja admissível? No passado exigia-se uma duração mínima de dois anos quanto ao casamento e quanto à união de facto. Hoje o legislador nada diz. Perante o silêncio do legislador, podemos concluir que os cônjuges, qualquer que seja a duração do casamento podem recorrer a essas técnicas. No caso da união de facto, podemos socorrer-nos da

²⁴ Salvo no que concerne aos homens, isoladamente considerados ou em casal homossexual, que esses estão afastados desta possibilidade de concretização do projeto parental.

Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que contém o regime jurídico aplicável à união de facto, para exigir os dois anos necessários ao reconhecimento da eficácia da união de facto. De qualquer modo, para a adoção exige-se, como já referimos, que a relação matrimonial ou de união de facto entre os adotantes dure pelo menos há 4 anos.

Em quarto lugar, não podemos calar outra interrogação: por que se preveem requisitos etários mínimos para o recurso às técnicas de PMA e para a adoção? No artigo 4.º da LPMA, a lei basta-se com uma idade superior a 18 anos (artigo 6 da LPMA). No que concerne à adoção, fixa-se a idade mínima nos 25 anos, para a adoção conjunta, e nos 30 anos, para a adoção singular (ressalvada a hipótese de adoção do filho do cônjuge em que bastam os 25 anos de idade), nos termos do n.º 1 e n.º 2 do artigo 1979.º do CC. Não vislumbramos a razão para tal diferença. A maturidade necessária para recorrer às técnicas de PMA é menor do que aquela que é indispensável para a adoção?

Em quinto lugar, por que razão não se encontram previstos requisitos etários máximos para os beneficiários que recorrem às técnicas de PMA? Atendendo à possibilidade de recurso a gâmetas de terceiros nos termos do artigo 10.º, e atendendo à erosão do princípio da subsidiariedade, qual o limite temporal para esse recurso? Quanto à adoção prevê-se como idade máxima os 60 anos, nos termos do n.º 3 e 4 do artigo 1979.º do CC²⁵.

Finalmente — e ainda que sem pretensão de esgotar todas as questões que, nesta linha de pensamento, poderiam ser formuladas — impõe-se uma última questão. O n.º 3 do artigo 4.º estende, como já ficou referido, as técnicas de PMA a “todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade”, e no artigo 6.º acrescenta-se que se estende a todas as mulheres “independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”. Pergunta-se, então, se a mulher casada pode recorrer a essas técnicas sem o consentimento do marido? Sem prejuízo das consequências ao nível do casamento, nomeadamente de incumprimento dos deveres conjugais a que se encontra vinculada nos termos do art. 1672.º do CC²⁶, pode fazê-lo como única beneficiária? E depois faz a declaração prevista no artigo 1832.º do CC, impedindo o funcionamento da presunção *pater is est* em relação ao seu marido? A lei não exclui esta possibilidade e de, qualquer

²⁵ Ressalvando-se da aplicação desse limite a hipótese do adotante adotar o filho do seu cônjuge, de acordo com o n.º 5 do artigo 1979.º do CC. Nesse caso, entende-se que possibilitar, sem limites etários, a adoção do filho do cônjuge do adotante promoverá a integração plena desses filhos na nova formação familiar, recomposta a partir de agrupamentos familiares anteriores. Esse será o caso dos cônjuges chegarem ao casamento com filhos de relacionamentos anteriores que os seus novos consortes pretendem adotar. Discutível é a questão de saber se o desvio do n.º 5 à exigência de limites etários se deve aplicar também no caso de a criança a adotar se ter tornado filho (nomeadamente por adoção) de um dos cônjuges já na constância do casamento daquele que, como seu cônjuge, a quer adotar. Aqui a análise das *rationes* que sustentam a previsão dos prazos do n.º 3 do artigo 1979.º e da exceção do n.º 5 do mesmo artigo, e ao fim e ao cabo a determinação da solução que melhor serve o interesse da criança a adotar, jogarão um papel essencial, como no caso descrito em texto. Sobre esta problemática, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de outubro de 2009, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>

²⁶ Incumprimento a que podem ser associadas repercussões, nomeadamente, quanto à possibilidade de fundar um pedido de divórcio, ao abrigo do artigo 1781.º do CC e ou um pedido indemnizatório, à luz do n.º 1 do artigo 1792.º que remete para os termos gerais da responsabilidade civil.

modo, não demanda o consentimento do consorte, neste caso. Diversamente, se a mulher casada quiser adotar singularmente, carece do consentimento do cônjuge (*vide* al. b) do n.º 1 do artigo 1981.º do CC).

Podemos ainda juntar observações sobre o facto de não haver, necessariamente, intervenção de autoridade pública (salvo no caso dos contratos de gestação de substituição) para o recurso a estas técnicas. Para a adoção há a intervenção de uma sucessão de entidades administrativas e judiciais, nos termos que *supra* deixámos, sucintamente, enunciados.

5.2. A definição da parentalidade e o afastamento da averiguação oficiosa da parentalidade

Concentrando-nos, agora, no regime do n.º 3 do artigo 20.º da LPMA, aí se prevê que, se o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida se faz por uma única pessoa (que tem que ser necessariamente que ser uma mulher) “lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida²⁷ sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação”.

A solução enunciada apresenta-se ao arrepio do regime dos artigos 1808.º e 1864.º do CC, que preveem a necessidade de averiguação da maternidade e da paternidade, respetivamente. Quer dizer, o interesse público que subjaz a estas normas e que dita em geral a averiguação oficiosa da paternidade quando esta permanece omissa no assento de nascimento, cede, no âmbito do recurso à PMA? Em favor da proteção de que interesse? Da beneficiária da técnica já que, em ultima análise, a regra do anonimato do dador o acautelará.

A parte final do n.º 3 do artigo 20.º da LPMA afasta, expressamente, a necessidade e a possibilidade de processo oficioso de averiguação. Mas, bem vistas as coisas, não haverá sequer a possibilidade de reconhecimento judicial da paternidade através propositura da ação de investigação pelo filho²⁸, nos termos do art. 1869.º do CC, atentas as previsões normativas do n.º 2 do artigo 10.º e do artigo 21.º da LPMA.

Ora como se pode aceitar este resultado — crianças, necessariamente, só com a parentalidade estabelecida quanto a um progenitor²⁹ — nos tempos em que vivemos: em que, por um lado, se reconhece um relevo acrescido ao conhecimento das origens genéticas, à historicidade pessoal³⁰ e em que, por outro lado, em homenagem aos direitos

²⁷ *Rectius* com a sua maternidade estabelecida.

²⁸ Eventualmente representado pelo Ministério Público, que aqui atuará em nome do filho sendo, portanto, a sua atuação iluminada pelo interesse do filho e não, primacialmente pelo interesse público que também lhe incumbe servir.

²⁹ Sobre o direito da criança a ter, juridicamente, pais, *vide* ANNA SINGER, The right of the children to parents, in *Family Law and Culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, cit., pp. 137 e ss e, entre nós, em especial relativamente ao direito ao estabelecimento da paternidade por reconhecimento judicial, GRAÇA AMARAL, O direito (fundamental?) ao (re)conhecimento da paternidade: o tempo na ação da investigação da paternidade, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, ano 2016, T. I, pp. 70 e ss.

³⁰ Com reflexos no novo regime jurídico da adoção. *Vide* o novo regime previsto no artigo 6 do RJA e as diferenças em relação ao regime previsto no âmbito da PMA que, no artigo 15 continua a prever a regra da confidencialidade do processo e do anonimato do dador.

fundamentais da integridade pessoal, do livre desenvolvimento da personalidade e da constituição da família, merecedores de proteção constitucional segundo os artigos 25.º, 26.º e 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa³¹, e da tutela oferecida genericamente à personalidade à luz do artigo 70 do Código Civil³², o legislador e o julgador vão desembaraçando de peias temporais o direito a estabelecer ou a impugnar os vínculos de filiação.

5.3. A aplicação do modelo contratual às gestações de substituição e as consequências ao nível da definição da parentalidade da criança

Ao que deixamos dito até este ponto, na perspetiva que adotámos para este trabalho — o da problemática do estabelecimento da filiação da pessoa nascida através das técnicas de PMA —, ainda cumprirá dedicar umas breves palavras quanto à situação de a criança nascer em resultado da aplicação de técnicas de procriação medicamente assistida em cumprimento do programa obrigacional definido num contrato de gestação de substituição³³.

A aceitação da válida celebração destes contratos veio a ser reconhecida, em Portugal³⁴, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Sabemos que o legislador rodeou essa pos-

³¹ Sobre estes direitos e com referências bibliográficas adicionais, *vide* anotações aos 3 artigos referidos em texto de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I: art.º 1.º a 107.º, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, reimpressão em 2014, e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010

³² Para um estudo desenvolvido sobre a proteção dos bens de personalidade, considere-se RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

³³ Esta é uma situação em que a definição da parentalidade, em particular da maternidade, se complexifica, na medida em que “*disrupts traditional rules on legal parentage as it separates the three principal makers of legal motherhood: gestation, genetics and the intention to parent*”. Assim, KATARINA TRIMMINGS e PAUL BEAUMONT, Parentage and surrogacy in European Perspective, *in European Family Law, Volume III: Family law in a European Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2016, p. 233.

³⁴ Trata-se de uma solução que não é acolhida em muitos ordenamentos jurídicos. No direito estrangeiro, as soluções variam entre a aceitação da sub-rogação na gestação, quer seja onerosa quer seja gratuita, até à sua proibição em qualquer caso, passando por aqueles em que a sub-rogação é permitida, verificados que sejam certos pressupostos, se for gratuita (como é o caso português) e outros em que só é permitida se for onerosa. Em muitos a matéria não existe sequer regulamentação específica. Para uma visão panorâmica da diversidade de soluções *vide* KATARINA TRIMMINGS e PAUL BEAUMONT, Parentage and surrogacy in European Perspective cit., pp. 232 a 283. Sobre o regime no ordenamento jurídico espanhol, *vide* ANA BERROCAL LANZAROTE, La gestación por sustitución en Espana: un debate abierto, *in Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e das Sucessões*, Coordenação de Helena Mota e Maria Raquel Guimarães, Almedina, 2016, pp. 759 e ss e ENCARNATA SERNA MEROÑO, Reflexiones en torno a la maternidade sub-rogada, na mesma obra, pp. 807 e ss. Sobre o ordenamento italiano, Accertamento della maternità nella gestazione per altri, *in Bio-Law Journal — Rivista di BioDiritto*, n.º 2/2016, pp. 7 e ss (acessível em www.biodiritto.org). Para uma observação crítica da falta de regulamentação no ordenamento jurídico alemão com referência às alterações legislativas que se avizinham, considere-se NINA DETHLOFF, SUSANNE L GÖSSL e STEFANIE SUCKER, Registration of intersex persons, medically assisted reproduction and other matters

sibilidade de muitas cautelas ao consagrar, no artigo 8.º da LPMA, múltiplos requisitos que cumulativamente têm que ser respeitados.

Por um lado, impõe-se a natureza, necessariamente, gratuita³⁵ do contrato de gestação de substituição, nos termos do n.º 2 do citado preceito. Consequentemente, segundo o n.º 5 do mesmo artigo, excetuado o pagamento do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo as relacionadas com transportes³⁶, é proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia pelos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança.

Por outro lado, determina-se que a celebração do negócio de gestação de substituição só é admitida a título excecional, “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”, como se lê no n.º 2 do artigo 8 da mesma lei.

Acresce que a lei vem, ao arrepio do princípio geral de liberdade de forma, fazer exigências formais, no seu afã de garantir que as partes estão cientes da natureza (contratual) do ato que praticam e dos efeitos (jurídicos) que o mesmo importa³⁷ e que ademais as declarações negociais são emitidas de forma livre e esclarecida. Prevê-se, por isso, que contrato tem que ser celebrado por escrito, nos termos do n.º 10 do artigo 8, devendo o consentimento observar o disposto no artigo 14.º da LPMA.

under consideration, in *The International Survey of Family Law: 2017*, in Margaret Brinig (editora) Bristol, Jordan Publishing, 2017, pp. 122 e ss.

³⁵ Como se sabe, um negócio gratuito é aquele em que “há a intenção de uma das partes criar para a outra parte, com plena consciência desta última que assim é, uma vantagem patrimonial desacompanhada de qualquer equivalente ou corresponsivo”. Assim, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 1990, pp. 238 e ss. Por isso, o sacrifício patrimonial dos beneficiários não vai além da cobertura de algumas despesas inerentes ao período de gestação. Impede-se, assim, também qualquer vantagem patrimonial da gestante, em consequência do seu ato de suportar uma gestação para outrem. As desvantagens patrimoniais e pessoais que experimente ficarão, portanto, sem cobertura. Perspetiva-se, então, que o seu ato seja altruístico. A gratuitidade no âmbito de contratos que pressupõem prestações de natureza essencialmente pessoal, nomeadamente no âmbito do direito da família merece uma reflexão particular. Na verdade, os negócios no âmbito familiar obedecem a uma causa própria não sendo reconduzíveis, em regra, a uma pura gratuitidade ou onerosidade. Sobre esta problemática, veja-se GIUSEPPA PALMERI, *I negozi familiari*, in *Il principio di gratuità*, coordenado por Alfredo Galasso e Silvio Mazzaresse, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 337 e ss

³⁶ Nos termos do n.º 5 do artigo 8.º, as despesas têm que ser devidamente tituladas em documento próprio.

³⁷ Daí, também, que o legislador imponha que, para além dos elementos essenciais do negócio, certas matérias sejam incluídas no contrato e, portanto, sejam reduzidas a escrito. É o que resulta do n.º 10 do artigo 8.º da LPMA quando prevê que do contrato “devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez”. Nos termos, aliás, do n.º 1 artigo 3 do decreto regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, o contrato-tipo de gestação de substituição, que contém os elementos essenciais do contrato, e é aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) é disponibilizado no respetivo sítio da *internet*. O n.º 3 do mesmo preceito, através das suas 13 alíneas, prevê o conteúdo mínimo desse contrato, a que poderão, segundo o n.º 2, ser acrescentadas, pelas partes, outras cláusulas.

Também com o objetivo de garantir a liberdade do consentimento da gestante, prevê-se no n.º 6 do mesmo preceito que entre as partes envolvidas na celebração dos referidos negócios não pode existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços.

Não se pode, também, esquecer que existe um controlo heterónomo por parte de autoridades públicas sobre a vontade de realização do contrato de gestação no caso concreto³⁸. Na verdade, é necessária a autorização prévia do Conselho Nacional de PMA — que supervisiona, aliás, todo o processo — antecedida de audição da Ordem dos Médicos, segundo o n.º 4 do artigo 8.º da LPMA.

Ademais a procriação medicamente assistida só pode ser parcialmente heteróloga, havendo, portanto, sempre recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante (n.º 3 do artigo 8.º da LPMA).

Depois de enunciados os requisitos a observar em caso de celebração de um gestação de substituição, importa curar do regime jurídico aplicável ao estabelecimento da filiação da criança que venha a nascer em cumprimento desse contrato.

A esse propósito diz-nos o n.º 7 do artigo 8.º da LPMA que a criança é tida como filha dos respetivos beneficiários. Ora, assim será se os requisitos forem respeitados e se, por isso, o negócio for válido. Mas e se o negócio padecer de algum vício que o torne inválido? Consideremos, por simplificação de raciocínio para o ponto que nos interessa, que o negócio de gestação de substituição é nulo por desrespeito das exigências previstas, imperativamente, nos vários números do artigo 8.º. *Quid iuris?* Nesse caso, a regra do n.º 7 do artigo 8.º da LPMA, aplica-se? A norma do n.º 7 não opera qualquer distinção. Deverá o intérprete distinguir e concluir que a norma se aplica apenas na hipótese de o contrato de gestação de substituição ter sido validamente celebrado?

Consideremos que a norma se aplica também ao caso em que o contrato de gestação de substituição é inválido. A criança será, então, havida como filha dos respetivos beneficiários. É esse, aliás, o sentido da declaração interpretativa Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) sobre o assunto datado de setembro de 2016³⁹. Valerá, assim, para este efeito o negócio inválido e permitir-se-á que a finalidade prosseguida através dele seja alcançada. Mesmo que o ato constitua um ilícito criminal, nos termos do artigo 39.º da LPMA? Aqueles que serão qualificados, juridicamente, como pais responderão criminalmente pelo ato praticado e que lhes possibilitou converterem-se em pais. Lembremos que a intervenção do direito penal aparece como *ultima ratio* atuando quando estão a ser afetados os valores mais relevantes para a sociedade: dá-se à criança assim gerada os pais que, pelo comportamento que subjaz ao ato procriativo, desrespeitaram aqueles valores e que, por isso, são censurados penalmente. Estranha forma de se tutelar o superior interesse da criança!

Pode cogitar-se a solução oposta: nomeadamente admitindo a aplicação das regras

³⁸ O pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição deve ser apresentado nos termos do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho.

³⁹ Acessível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_DeclaracaoInterpretativa_SET2016.pdf.

gerais do estabelecimento da filiação. Assim, nos termos do n.º 1 do artigo 1796.º e do n.º 1 do artigo 1816.º do CC, mãe será aquela de cujo ventre a criança nasce: a gestante. Quanto à paternidade, pai será, em princípio, aquele que forneceu o material genético (desde que não o tenha doado) com que a criança foi concebida⁴⁰: portanto, o homem que compõe o casal que tenha recorrido à técnica de PMA. No caso de procriação heteróloga, aplicar-se-á a regra do n.º 2 do artigo 10.º da LPMA, o doador não pode ser havido como pai. À luz das regras do Código Civil, a criança ficará, então sem pai. Serão estas soluções conformes à promoção do superior interesse da criança? Impor a maternidade a uma mulher que pode não querer ser mãe? Quer dizer um projeto procriativo que se funda na vontade de ser pai ou mãe redundará na imposição da maternidade a quem não a quer? Só a ela ou a ela e a um homem com quem não tem qualquer ligação que deponha a favor da titularidade conjunta (já para não falar do modo de exercício) das responsabilidades parentais? Restará à mãe gestante prestar consentimento para adoção e esperar que ela venha a ser decretada?

Nenhuma das soluções nos parece consentânea com a devida tutela da proteção da criança. Na verdade, independentemente da censura que o comportamento dos adultos mereça e da resposta para que o rigor técnico-jurídico aponte, não me parece que a solução deva desatender o superior interesse da mesma⁴¹. Assim, no enquadramento jurídico vigente, tenderia para a primeira. A lei, no n.º 7 do artigo 8.º da LPMA, não distingue e o intérprete em homenagem ao superior interesse da criança não deve também distinguir. A verdade intencional prevalecerá em abono do bem da pessoa que deverá nortear as soluções jurídicas neste âmbito: a criança.

6. Observações Conclusivas

Como resulta da nossa exposição, o regime jurídico da procriação medicamente assistida coloca muitos e importantes problemas e desvios às soluções que resultam para o estabelecimento da filiação decorrente da procriação natural e se encontram plasmados no Código Civil.

Em síntese, podemos concluir, que nos parece que está em curso uma revolução no que concerne à conceção jurídica da filiação. Revolução que mais do que resultar do desprendimento do modelo biológico inspirado na natureza resulta de se fazer gravitar o regime jurídico em torno de um centro de interesses e de direitos diverso do que tradicionalmente constituíam o referencial nesta matéria.

⁴⁰ Não funcionando a presunção do artigo 1826.º do CC, nem havendo reconhecimento voluntário da paternidade nos termos dos artigos 1849.º e ss, o estabelecimento da paternidade dependerá de reconhecimento judicial à luz do regime previsto nos artigos 1869 e seguintes, todos do mesmo diploma. Ora o estabelecimento judicial da paternidade em ação judicial pressuporá que se demonstre direta ou indiretamente (nomeadamente com recurso às presunções legais do n.º 1 do artigo 1871.º do CC) o vínculo biológico com o investigado.

⁴¹ Sobre a tensão entre a tutela do interesse da criança e a proteção das aspirações a ser pai ou mãe, *vide* ALESSANDRA CORDIANO, in “La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazione genitoriali, in *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e das Sucessões* cit., pp. 737 e ss.

Se, até aqui a filiação e o direito da filiação eram marcados por uma ideia de promoção do superior interesse da criança, hoje na matéria da procriação com base em técnicas de procriação medicamente assistida, assume protagonismo a vontade dos adultos que recorrem às técnicas e que delas beneficiam. Essa é uma transformação profunda que não quadra com a moldura tradicional destas matérias.

Será o reconhecimento dos filhos assim gerados — e que já foram designados por “filhos convencionais”⁴² ou “negociais” por assentarem numa declaração de vontade a que o direito reconhece efeitos jurídicos e que, no caso das maternidades de substituição será um verdadeiro contrato, à luz do novo artigo 8 da PMA — mais um sinal da propalada contratualização ou privatização do direito da família que vêm dando protagonismo à autonomia privada nas matérias familiares?⁴³

Não podemos, no entanto, esquecer que a premissa da contratualização ou privatização do direito da família pressupõe uma configuração das relações familiares como igualitária em que os seus sujeitos estão juridicamente parificados. A liberdade de (auto) conformação dos interesses por negócio pressupõe igualdade. Ora não é o que acontece na matéria que tratamos: nos casos sobre que nos debruçamos, há um sujeito — o ser a ser concebido por estas técnicas — que carece de tutela particular que não nos parece que lhe esteja a ser reconhecida.

⁴² JEAN HAUSER empregou a designação expressiva de “*enfant conventionnel*” a propósito da entrada em vigor, em França, das Leis de 29 de julho de 1994, que introduziram no art.º 311-19 do CCF, uma norma equivalente às normas do n.º 2 do artigo 10, e do artigo 21 da nossa LPMA. *In* Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ?, *in* Recueil Dalloz Sirey, 1996, 21^e Cahier, pp. 182 a 184.

⁴³ Sobre este fenómeno, *vide* VVAA, *La contractualisation de la famille*, sob a direção de Dominique Fenouillet e Pascal de Vareilles-Sommières, Paris, Economica, 2001 e, mais recentemente, VVAA, *Contractualisation of Family Law — Global Perspectives*, Frederik Swennen Editor, Springer, 2015 e o nosso *Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ainda inédito. Trata-se de uma fórmula inspirada na muito famosa expressão de síntese usada por HENRY J. SUMNER MAINE, para caracterizar o movimento progressivo, por ele detetado, como “*a movement from Status to Contract*” (p. 170), e que é, regularmente, repetida para traduzir a acentuação, no último período do século XX, da tendência referida. *Ancient Law. Its connection with the early History of society and its relation to Modern ideas*, originalmente publicado em 1866, New Jersey, Transaction Publishers, 2002.

“A PARTE GESTANTE ESTÁ PROIBIDA DE PINTAR AS UNHAS”: DIREITO CONTRATUAL E CONTRATOS DE GESTAÇÃO

“THE SURROGATE CANNOT HAVE HER NAILS DONE”: CONTRACT LAW AND SURROGACY CONTRACTS

Vera Lúcia Raposo / 黎慧華*

RESUMO

Os contratos de gestação são, inegavelmente, contratos. Porém, a regulação dos contratos de gestação exclusivamente à luz do direito contratual suscita questões complexas, derivadas da incapacidade do direito dos contratos para assegurar soluções razoáveis a contratos tão *sui generis*.

Antes de mais, o direito dos contratos é incapaz de conferir protecção adequada ao melhor interesse da criança, que é (deveria ser) a pedra basilar destes contratos.

A isto acresce que a aplicação das regras sobre incumprimento, responsabilidade e compensações pode igualmente conduzir a soluções discutíveis.

Por conseguinte, e embora mantendo o direito contratual como o quadro legal básico dos contratos de gestação, há que adaptar as regras contratuais às especificidades da gestação sub-rogada.

Palavras Chave — DIREITO CONTRATUAL, CONTRATO DE GESTAÇÃO, RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, CLÁUSULAS ABUSIVAS, LIBERDADE CONTRATUAL

ABSTRACT

Surrogacy contracts are, undeniably, a contract. However, the regulation of surrogacy contracts exclusively by means of contract law raises complex issues, derived from the inability of contract law to provide reasonable solutions to such particular contracts.

First and foremost, contract law cannot give proper protection to the best interest of the child, which is (should be) the corner stone of these contracts.

Furthermore, the use of contract law norms about non-compliance, liability and compensations may also conduct to debatable legal solutions.

Therefore, and although contract law should be kept as the main legal framework of surrogacy contracts, its rules require an adaptation to the particularities of surrogacy.

Key Words — CONTRACT LAW, SURROGACY CONTRACT, CONTRACT LIABILITY, ABUSIVE CLAUSES, CONTRACTUAL FREEDOM

SUMÁRIO: 1. *Aplicação do direito contratual.* 2. *Cláusulas a incluir no contrato de gestação.* 3. *Cláusulas relativas às características da futura criança.* 4. *Cláusulas relativas a actos médicos a ser realizados na gestante.* 5. *Cláusulas sobre o aborto.* 5.1. *Abortamento involuntário.* 5.2. *Abortamento voluntário.* 5.2. a) *A gestante pretende abortar contra a vontade dos pais contratantes* 5.2. b) *A gestante pretende continuar a gestação contra a vontade dos pais contratantes.* 5.3. *Redução embrionária.* 6. *Cláusulas sobre a transferência embrionária.* 7. *Cláusulas sobre o comportamento da*

* vraposo@umac.mo, vera@fd.uc.pt . Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau e Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

gestante durante a gestação. 8. Cláusulas sobre responsabilidades contratuais. 8.1. Crianças nascidas com doenças ou malformações. 8.2. Criança nascida sem ligação genética ao homem contratante. 9. Cláusulas sobre danos advindos da gestação para a gestante. 10. Cláusulas sobre a execução do contrato e a entrega da criança. 11. Cláusulas sobre as relações entre as partes após o parto. 12. Notas conclusivas.

O contrato de gestação permanece uma figura controvertida, desde logo quanto à sua admissibilidade legal. Porém, no presente artigo não trataremos desta questão, que se situa a montante, mas sim sobre a aplicação das regras do direito contratual aos contratos de gestação. O facto do foco da discussão se concentrar agora na controvérsia contratual justifica-se, por um lado, pelas recentes alterações legais (Lei n.º 17/2016, de 20/06, que alterou a Lei n.º 32/2006, de 26/07) que vieram admitir a realização destes contratos, dando assim por resolvida em termos legais a questão da admissibilidade legal dos contratos de gestação; por outro lado, porque tal matéria já foi por nós tratada em diversas outras ocasiões¹. Ou seja, não se trata agora de analisar o conteúdo da Lei n.º 32/2006 ou a regulamentação dos contratos de gestação à luz do referido diploma; mas sim de discutir em que termos deve o direito contratual regular a matéria dos contratos de gestação, nomeadamente, em que termos pode ou deve este incluir cláusulas contratuais que imponham obrigações positivas ou negativas à gestante de substituição, ainda que sem perder de vista as soluções contidas na Lei n.º 32/2006².

1. Aplicação do direito contratual

Sendo o contrato de gestação um contrato, a sua regulamentação não pode deixar de ser feita pelo direito contratual. A dúvida que se coloca é saber se o direito dos contratos deve ser aplicado *tout court*, sem qualquer especificidade, ou se, pelo contrário, deve o mesmo ser adaptado, nomeadamente para ter em conta o bem-estar da criança, uma preocupação típica do direito da família³, mas ausente do direito contratual⁴.

A adaptação do direito contratual nem sequer é uma situação inédita. Recorde-se o que ocorre no casamento, também ele um contrato, mas que por fazer parte integrante das relações familiares acaba por ser regido por um regime jurídico totalmente distinto, que em pouco se assemelha ao direito contratual. O mesmo acaba por suceder em muitos outros contratos que entraram de rompante no direito da família, tais como nos contrato de doação de gametas, onde o direito contratual aparece combinado com o direito da família.

¹ Veja-se, por exemplo, VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe para Mãe: Questões Éticas e Legais Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005; VERA LÚCIA RAPOSO, A Idade da Inocência: Podem os Contratos de Gestação Sobreviver sem Lei Reguladora?, *Revista Jurídica UNISEB*, 1(1), 2011; VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

² Por conseguinte, na falta de qualquer outra especificação deverá entender-se que os artigos citados se reportam à Lei n.º 32/2006.

³ Cfr. JUNE CARBONE, The Role of Contract Principles in Determining the Validity of Surrogacy Contracts, *Santa Clara Law Review*, 28, 1988, p. 583

⁴ Dando conta das dificuldades da aplicação do direito contratual, KEITH J. CUNNINGHAM, Surrogate Mother Contracts: Analysis of a Remedial Quagmire, *Emory Law Journal*, 37, 1988, p. 732.

Também o contrato de gestação deve ser regido por esta preocupação: o direito contratual deve deixar algum espaço ao direito da família, nomeadamente à protecção do melhor interesse da criança. Contudo, uma tal ressalva está completamente ausente da Lei n.º 32/2006, tendo o legislador optado por remeter quase por completo para as regras do direito contratual a regulamentação destes contratos⁵.

Já daqui se depreende que tão-pouco advogamos uma abordagem exclusivamente fundada no direito da família⁶. Trata-se de uma prestação de serviços — ainda que *sui generis* e atípica face ao contrato de prestação de serviços previsto no Código Civil (doravante CC) — pelo que deve ser regulado como um contrato, com respeito pela liberdade contratual dos intervenientes⁷, com base no compromisso voluntário de ambas as partes⁸.

Certamente que para tal devem as partes dispor de informações e recursos suficientes para voluntariamente se vincularem mutuamente aos termos contratuais⁹. Reconhece-se que este requisito se pode revelar preocupante à luz das assimetrias sociais¹⁰ que eventualmente separarão os pais contratantes¹¹ e a gestante de substituição¹². Logo, cabe ao legislador impor que qualquer das partes seja devidamente assistida pelo seu próprio advogado ao longo de todo o processo (isto é, advogados diferentes para cada uma das partes, independentes um do outro¹³) e que seja devidamente informada das consequências jurídicas dos vínculos que assume com o contrato e das suas possibilidades de escolha.

⁵ Já dando conta desta opção do legislador *vide* VERA LÚCIA RAPOSO, Tudo Aquilo que Você Sempre Quis Saber Sobre Contratos de Gestação (Mas o Legislador Teve Medo de Responder), *Revista do Ministério Público*, 149, 2017, pp. 9 ss.

⁶ Sublinhando que estes contratos não se encaixam perfeitamente nem no direito contratual nem no direito da família, DEBORAH S. MAZERT, Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts, *Yale Journal of Law & Feminism*, 28(1), 2017, p. 236.

⁷ Também a favor do predomínio da liberdade contratual nos contratos de gestação veja-se CATHERINE LONDON, Advancing a Surrogate-Focused Model of Gestational Surrogacy Contracts, *Cardozo Journal of Law & Gender*, 18, 2012, p. 411 e DEBORAH S. MAZERT, Born Breach, p. 234.

⁸ A favor de uma regulamentação dos contratos de gestação fundada na autonomia individual e nas “perspectivas de ganho mútuo”, RICHARD A. EPSTEIN, Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement, *Virginia Law Review*, 81, 1995, pp. 2305-2341, especialmente p. 2313.

⁹ CATHERINE LONDON, Advancing a Surrogate-Focused, pp. 411.

¹⁰ DOMINIQUE LADOMATO, Protecting Traditional Surrogacy Contracting Through Fee Payment Regulation, *Hastings Women's Law Journal*, 23, 2012, p. 268.

¹¹ Utilizaremos este termo para nos referirmos aos beneficiários das técnicas de PMA que contratam com a gestante com o objectivo final de serem legalmente reconhecidos como pais legais da criança que vier a nascer.

¹² Utilizaremos este termos para nos referirmos à mulher que, por via do contrato, se vincula a gerar uma criança para a entregar a terceiros (os pais contratantes).

¹³ Sublinhado a necessidade de o advogados da gestante ser totalmente independentes dos pais contratantes, BRITTNEY KERN, “You Are Obligated To Terminate This Pregnancy Immediately”: The Contractual Obligations of a Surrogate To Abort Her Pregnancy, *Women's Rights Law Reporter*, 36, 2015, p. 373 e RUI CASCÃO, The Challenges of International Commercial Surrogacy: From Paternalism towards Realism, *Medicine & Law*, 35, 2016, p. 159.

O problema não se coloca tanto em relação aos pais contratantes, mas sim em relação à gestante de substituição. O seu (suposto) menor poder de negociação contratual e o facto de em regra ter uma situação económica mais precária do que os pais contratantes parecem desnivelar o contrato¹⁴. Contudo, e como sublinha Epstein, não é pelo facto de o contrato de gestação envolver o acto de gerar uma criança que automaticamente a gestante perde a sua autonomia ou seja explorada: “To argue that these contractual terms are inconsistent with the autonomy of the surrogate mother is to miss the function of all contractual arrangements over labor. Full control over their own bodies and labor is what autonomous individuals have before they contract. The process of contracting always requires a surrender of some portion of autonomy, but only in exchange for things that are thought to be more valuable¹⁵”.

2. Cláusulas a incluir no contrato de gestação

Cabe aos advogados redigir os termos do contrato de forma a forçar as partes a ponderar nas obrigações que estão a assumir. A ponderação e a previsão antecipada de eventuais incertezas e conflitos é a melhor forma de gerir as expectativas das partes e prevenir futuros litígios judiciais.

Contudo, os advogados apenas podem operar dentro dos limites legais, pelo que se exige uma regulamentação clara a este respeito. É precisamente o que falta no caso do regime português.

De facto, uma das notas que caracteriza a Lei n.º 32/2006 é a falta de regulamentação e, quanto às normas que prevê, a incerteza quanto ao seu real alcance e a antinomia que se parece verificar entre algumas delas¹⁶. O problema reside logo no facto de o legislador ter pretendido regular toda a extensa matéria que conforma os contratos de gestação num par de normas.

Uma das normas mais problemática para este efeito é o n.º 11 do artigo 8.º, o qual pretende funcionar como norma geral balizadora da liberdade contratual. Sucede que o legislador tanto quis obviar a eventuais excessos da liberdade contratual dos pais contratantes que acabou por cair numa protecção excessiva, injustificada e perniciosa da gestante de substituição.

É certo que a norma contém limitações cujo sentido é compreensível e desejável: o contrato não pode “impor normas que atentem contra os seus [da gestante de substituição]

¹⁴ Além do mais, e segundo Cunningham “[t]he large disparity in financial resources between the contracting parties makes doubtful collection of money damages” (KEITH J. CUNNINGHAM, *Surrogate Mother Contracts*, p. 747).

¹⁵ RICHARD A. EPSTEIN, *Surrogacy*, p. 2335.

¹⁶ Como já sublinhado, entre as falhas desta lei contam-se, “desde a contradição entre algumas das suas disposições, até às dúvidas de interpretação que muitas das normas geram (eventualmente devido às referidas contradições), passando ainda pelo silêncio legal em relação a questões que mereceriam regulamentação, mas que na actual opção da lei são deixadas à liberdade das partes, às soluções gerais do direito contratual (nem sempre adequado às especificidades dos contratos de gestação) e, em última instância, aos tribunais” (VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre...*, p. 48).

direitos, liberdade e dignidade”. Se a expressão “atentem” for usada como sinónimo de “violação”, e não de mera “limitação”¹⁷, trata-se de um limite perfeitamente razoável, que visa evitar abusos por parte dos pais contratantes, aos quais já se tem assistido noutros quadrantes. É inegável que estes devem poder impor à gestante normas de comportamento justificadas pelo bem-estar do nascituro e, por conseguinte, da futura criança. Em contrapartida, tais limitações não serão aceitáveis quando ultrapassem o núcleo duro dos direitos da gestante, se intrometam abusivamente na sua vida privada e lhe imponham restrições infundadas. Tais restrições podem ir de aspectos tão mezinhos como impedi-la de pintar as unhas ou de comer carnes vermelhas, a imposições verdadeiramente gravosas para os seus direitos, e mesmo dignidade, tais como obrigá-la a submeter-se a procedimentos médicos que poderão colocar em risco a sua integridade; ou impedi-la de sair de casa, ou até o quarto, comprometendo assim a sua liberdade ambulatoria¹⁸.

Porém, as virtudes que se reconhecem à segunda parte da norma acabam por ser anuladas pela sua primeira parte, que numa tentativa (simplista) de simplificação afirma categoricamente que o contrato de gestação “não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição”. Compreende-se certamente que o legislador queira impedir restrições excessivas e injustificadas, mas o que este segmento da norma proíbe vai muito para além disso, abarcando toda e qualquer restrição, mesmo aquelas que se revelam absolutamente necessárias para o normal desenvolvimento de um contrato e para o bem-estar do nascituro. Por exemplo, impede cláusulas que proíbam a gestante de substituição de usar álcool ou estupefacientes, de fazer *bungee jumping* ou de se submeter a uma dieta altamente restritiva em calorias, imposições plenamente justificadas face à obrigação a que a gestante livremente se comprometeu.

Boa parte das considerações deste texto reportam-se ao conteúdo do n.º 11 do artigo 8.º, o qual acaba por condicionar todo o regime dos contratos de gestação.

3. Cláusulas relativas às características da futura criança

A Lei n.º 32/2006 é omissa quanto a eventuais cláusulas contratuais que, de alguma forma, exijam ou repudiem certas características da futura criança. É certo que a lei não permite afastar o estatuto de “pai” e de “mãe” em nenhuma circunstância, nem mesmo face a crianças “indesejadas” em virtude das suas características (género, cor de pele, estado de saúde). Quando o n.º 7 do artigo 8.º estipula que “[a] criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários”, pretende com isto atribuir a estes os direitos parentais, mas também os concomitantes deveres, em toda e qualquer situação¹⁹.

Por outro lado, na medida em que na nossa ordem jurídica este contrato não pode envolver qualquer pagamento (a natureza gratuita do contrato é estipulada no n.º 2 do

¹⁷ Suposição que também perfilhei em VERA LÚCIA RAPOSO, Tudo Aquilo que Você Sempre..., p. 35.

¹⁸ Sobre algumas destas cláusulas, H. L. BERK, The Legalization of Emotion: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor, *Law & Society Rev.*, 49, 2015, pp. 158 ss.

¹⁹ Ao que parece, inclusivamente em caso de contrato nulo e de prática criminosa (cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, Tudo Aquilo que Você Sempre..., p. 14).

artigo 8.º), tão-pouco podem os pais contratantes reduzir o pagamento caso a criança não nasça com as características pretendidas. Questão diferente é saber se estes contratos não admitirão, ainda assim, uma compensação pelos incómodos²⁰, à semelhança do que por exemplo ocorre nos contratos de doação de gâmetas²¹. Se assim for, poderá dar-se o caso de os pais contratantes pretenderem delimitar o montante da compensação em razão das qualidades mais ou menos desejáveis da futura criança.

A possibilidade de condicionar os direitos e deveres contratuais em função da condição da criança poderá sobretudo surgir em sede de transferência uterina ou de uma subsequente interrupção da gravidez.

Uma hipótese possível será prever a realização de um diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI) nos embriões in vitro, antes da transferência uterina, para decidir quais transferir, de forma a transferir apenas embriões com certas características. A selecção de sexo está desde logo excluída pelo n.º 2 do artigo 7.º, mas a proibição não se estende a outros critérios de selecção²². Poderão os pais contratantes, por exemplo, querer limitar a transferências a embriões saudáveis, ou aos mais aptos de entre eles, como de resto sucede frequentemente fora dos casos de contratos de gestação. Não nos parece que uma cláusula deste teor viole os direitos e liberdades da gestante, ou sequer limite o seu comportamento, pelo que não é proibida pelo n.º 11 do artigo 8.º. Tão-pouco se trata de uma selecção excluída pelas restantes normas da Lei n.º 32/2006; pelo contrário, a própria admissibilidade legal do DGPI pretende precisamente impedir a transferência de embriões “portadores de anomalia grave”, como resulta do n.º 3 do artigo 8.º e do n.º 3 do artigo 28.º. Claro que cabe indagar o que é uma anomalia grave para este efeito, mas a partir do momento em que se conclua que a anomalia em causa é grave poderão os pais contratantes activar a cláusula que apenas permite a transferência de embriões não portadores de anomalia dessa natureza. Não se trata de uma coisificação da criança, mas sim de uma possibilidade já reconhecida a qualquer beneficiário de técnicas de PMA, pelo que não há motivo para a excluir no contexto dos contratos de gestação.

Em matéria de aborto, e como referiremos em maior detalhe mais adiante, a decisão cabe única e exclusivamente à gestante de substituição. Porém, teoricamente poderia colocar-se a hipótese de os pais contratantes imporem à gestante uma “obrigação” contratual de abortar caso o nascituro apresentasse determinada patologia. Contudo, esta hipótese é excluído pelo n.º 11 do artigo 8.º.

²⁰ Suscitando também esta dúvida, VERA LÚCIA RAPOSO, Tudo Aquilo que Você Sempre., pp. 42-43.

²¹ Compensação esta permitida, não pela Lei n.º 32/2006, mas pelo artigo 22.º da Lei n.º 12/2009, de 26 de Março, que estabelece o regime jurídico da qualidade e segurança relativa ao tratamento de tecidos e células origem humana

²² Sobre os possíveis critérios de selecção, K. EHRICH, C. WILLIAMS, B. FARSIDES, J. SANDALL, R. SCOTT. Choosing embryos: ethical complexity and relational autonomy in staff accounts of PGD. *Sociology of Health & Illness*.; 29(7), 2007, pp. 1091-1106. doi:10.1111/j.1467-9566.2007.01021.x. e VERA LÚCIA RAPOSO, “Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o Meu Embrião: Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantatório, *Lex Medicinæ*, 4(8), 2007, pp. 59-84

Se a gestante aceder em interromper a gravidez por malformação ou doença fetal é importante estabelecer que malformações ou doenças se têm em vista, pois que uma condição médica pode ser suficientemente grave para os pais contratantes optarem por uma interrupção da gravidez à luz da alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal (CP)²³, mas não suficientemente grave para a gestante de substituição o fazer de acordo com a sua consciência.

Um dos casos que recebeu mais atenção dos *media* a este respeito foi o de Crystal Kelley, gestante de substituição num contrato do qual constava uma cláusula segundo a qual esta se comprometia a abortar em caso de “anomalia grave do feto”. Porém, as partes nunca discutiram o que seria uma “anomalia grave” para este efeito, de modo que a gestante não compreendeu cabalmente qual a sua obrigação. Durante a gravidez os exames de diagnóstico pré-natal realizados revelaram que o feto padecia de síndrome de Down, fissura palatina e anomalias cardíacas, o que segundo os pais contratantes revelava uma anomalia grave. Logo, activaram a cláusula que impunha o abortamento. Porém, a gestante não considerou tais anomalias graves, nomeadamente por não serem impeditivas da vida e, por conseguinte, recusou-se a abortar. A partir daqui gerou-se um conflito intenso entre as partes²⁴, que poderia ter sido eventualmente evitado com um maior debate e esclarecimento acerca do real teor das cláusulas contratuais. Uma nota curiosa acerca deste caso é que as negociações pré-contratuais pareciam já revelar que a questão do abortamento poderia ser problemática. Ao que parece, os pais contratantes haviam incluído na versão original do contrato uma cláusula que permitia o abortamento em qualquer situação, mas a gestante opôs-se ao aborto e finalmente as partes optaram por uma solução de compromisso, segundo a qual a gestante só ficava vinculada a abortar se uma ecografia 3D revelasse uma anomalia fetal grave. Ora, este “incidente” pré-contratual deveria ter alertado as partes e seus advogados para os eventuais problemas decorrentes dos seus diferentes entendimentos sobre a vida não nascida.

4. Cláusulas relativas a actos médicos a ser realizados na gestante

Um tipo de cláusulas de inclusão essencial no contrato de gestação diz respeito às modalidades de assistência médica às quais a gestante se aceita submeter durante a gravidez, sejam tratamentos médicos sejam exames destinados a comprovar se o nascituro possui alguma condição médica ou anomalia clínica.

Em relação aos exames de diagnóstico pré-natal, diga-se já que caso a gestante não aceite submeter-se aos referidos exames, então, um aborto fundado no estado de saúde do nascituro não será uma opção e eventualmente a relação contratual pode até nem prosseguir.

²³ Sobre a própria dificuldade de qualificar uma doença ou malformação como grave para efeitos da norma do CP, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, NUNO BRANDÃO, “Art. 142.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.º ed., Coimbra, 2012, pp. 285-286.

²⁴ Dando conta deste caso, BRITTNEY KERN, “You Are Obligated”, p. 372. Vide ainda <http://www.thecoli.com/threads/is-this-the-new-hustle-parents-pay-child-support-after-surrogate-keeps-the-baby-for-herself.407708/>

A própria escolha do médico ou do hospital pode ser fonte discórdia, sendo que deve ficar previamente estabelecido se tal escolha cabe à gestante, aos pais contratantes ou a ambos em conjunto (esta última opção é susceptível de conduzir a um desacordo que se pode estender por tempo ilimitado ou, pelo menos, até à ruptura contratual).

Neste domínio há um leque de questões prévias a esclarecer, preferencialmente por via de cláusulas contratuais.²⁵ Medicina convencional ou técnicas terapêuticas alternativas? Uma dieta específica? Yoga pré-parto? E quanto ao parto em si mesmo, parto normal ou cesariana? Ou deixa-se a decisão ao médico (sendo que em tal caso assume especial importância a escolha do médico e a selecção de quem o pode escolher)?

5. Cláusulas sobre o aborto

5.1. Abortamento involuntário

O abortamento involuntário (isto é, que não resulta de uma decisão voluntária da mulher) é um incidente possível em qualquer gravidez e não acarreta consequências jurídicas para a mulher grávida. Também assim deve suceder nos contratos de gestação, sem que daqui resulte um incumprimento contratual.

Contudo, a solução pode ser distinta caso a gestante tenha contribuído para tal desfecho, por exemplo, adoptando comportamentos susceptíveis de colocar em risco o nascituro. Ainda que tais comportamentos não configurem um crime de aborto punível — na medida em que o aborto negligente não é punido entre nós²⁶ — poderão dar azo a uma indemnização aos pais contratantes por incumprimento contratual. De facto, de acordo com o disposto no contrato a gestante compromete-se a levar a bom termo uma gestação, de modo que incorre em incumprimento caso adopte comportamentos que se afastam do padrão normal de cuidado imposto a uma gestante, tais como consumir substâncias nocivas para o nascituro ou recusar tratamentos necessários para o mesmo (os quais podem até ser comportamentos dolosos, praticados a título de dolo eventual). É que embora o n.º 11 do artigo 8.º impeça a inclusão de cláusulas que condicionem o comportamento da gestante (e assim se confirma a aberração a que esta norma conduz), certo é que a obrigação da gestante é exactamente esta: levar a bom termo a gestação de uma criança. De modo que, independentemente do conteúdo do n.º 11 do artigo 8.º, se a criança não nasce (ou se nasce com graves doenças ou malformação) existe uma situação de responsabilidade contratual por incumprimento ou cumprimento defeituoso. A indemnização não se funda na hipotética violação de cláusulas relativas ao comportamento da gestante (ilícitas segundo o n.º 11 do artigo 8.º), mas na circunstância de a gestação não ter sido a termo com sucesso, o que configura um incumprimento contratual²⁷.

²⁵ Sobre estas cláusulas BRITTNEY KERN, *You Are Obligated*, p. 355 ss.

²⁶ J. M. DAMIÃO DA CUNHA, “Art. 140.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 231.

²⁷ A mesma conclusão em VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre*, p. 35

5.2. Abortamento voluntário

Em todos os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental que reconhecem em alguma medida a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez esta decisão é atribuída à mulher gestante (artigo 142.º do CP). Nem mesmo o facto de a gestação ocorrer no âmbito de um contrato de gestação pode alterar esta solução²⁸.

Porém, tal não significa que o contrato de gestação deve ser omissivo quanto a cláusulas relativas a decisões abortivas, bem pelo contrário²⁹. Com razão dispõe o n.º 10 do artigo 8.º que o contrato deve incluir “em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez”³⁰. O problema surge face à proibição geral do n.º 11 do artigo 8.º, nos sentidos de banir qualquer cláusula que “restringa o comportamento da gestante de substituição”. Ora, em que em ficamos? Deve o contrato de gestação incluir cláusulas relativas às obrigações da gestante de substituição em sede de interrupção voluntária da gravidez, como nos parece que deve ser, para efeitos de gestão de expectativas e de delimitação das responsabilidades contratuais, sob pena de nulidade (n.º 12 do artigo 8.º)? Ou não pode incluir qualquer cláusula desse tipo, também sob pena de nulidade (o mesmo n.º 12 do artigo 8.º)³¹?

A tese de que o contrato deve incluir cláusulas relativas à interrupção voluntária da gravidez não invalida a regra geral de que a decisão de pôr fim à gravidez cabe unicamente à mulher grávida. Nem sequer pode ser contratualizada a transferência do poder de decisão para os pais contratantes, dado que tal cláusula violaria simultaneamente o n.º 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006 (por violar o direito da gestante à disposição do corpo e à integridade corporal³²) e o artigo 142.º do CP (que atribui à mulher grávida a decisão sobre a interrupção voluntária da gravidez).

Assim, deveria o legislador reformular o referido número 11 do artigo 8.º, de forma a inequivocamente permitir a inclusão de cláusulas acerca do conteúdo de eventuais de-

²⁸ Contudo, manifestando-se a favor da atribuição do poder de decisão aos pais contratantes, excepto quando a gestação faça incorrer a gestante em risco para a sua saúde ou corpo, veja-se BRITTNEY KERN, *You Are Obligated*, pp. 354-355.

“The Surrogate waives any rights she may have to abort the pregnancy, except for medical reasons verified by a physician chosen by the Genetic Father and Intended Mother, or some other independent physician or obstetrician, not already involved with the Surrogate’s pregnancy, and/or if such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate. If the fetus(es) has been determined by any designated physician to be physically or psychologically abnormal, the decision to abort the pregnancy or not abort the pregnancy shall be the sole decision of the Genetic Father and Intended Mother” (BRITTNEY KERN, *You Are Obligated*, p. 354).

²⁹ Sobre cláusulas contratuais relativas ao abortamento voluntário, DEBORAH L. FORMAN, *Abortion Clauses in Surrogacy Contracts*, *Family Law Quarterly*, 49, 2015, pp. 29 ss.

³⁰ O que não deixa de ser uma redação estranha, na medida em que o abortamento por doença ou malformação fetal é também uma hipótese de interrupção voluntária da gravidez.

³¹ Esta mesma incongruência já apontada em VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre*, pp. 31 ss.

³² Sobre o fundamento deste direito no ordenamento constitucional Portugal, reportando-o ao direito ao desenvolvimento da personalidade, vide VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, pp. 193 ss.

cisões reprodutivas, mas sem nunca retirar à gestante o poder de decisão. Neste cenário seria mais fácil delimitar as responsabilidades contratuais da gestante.

Caso a decisão da gestante não se funde numa das causas de justificação da ilicitude tipificadas no n.º 1 do artigo 142.º do CP será obviamente uma conduta criminosa, com as necessárias consequências a nível de direito criminal, mas também a nível de direito civil, por incumprimento contratual. Porém, mesmo que a decisão seja criminalmente lícita, pode não o ser civilmente. Ou seja, não é pelo facto de a decisão caber unicamente à gestante e de não ser possível que os pais contratantes se substituam a esta que a gestante fica isenta de consequências civis.

a) A gestante pretende abortar contra a vontade dos pais contratantes

Se a gestante aborta por risco para a sua vida ou saúde (alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 142.º do CP) não existirá incumprimento, na medida em a obrigação contratual não se pode tornar um risco para a saúde ou vida da gestante (nesta hipótese os pais contratantes poderão pedir uma segunda opinião médica quanto à existência de efectivo risco para a gestante³³). Se a gestante invoca o estado de saúde do nascituro para abortar (alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do CP), e assumindo que os pais contratantes desejam a continuação da gravidez e estão dispostos a receber a criança, há incumprimento, logo, responsabilidade contratual. Tratando-se de aborto a pedido previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do CP há certamente responsabilidade contratual. O exercício de um direito (que neste caso nem sequer é evidente³⁴) nem sempre isenta o titular da responsabilidade pelos danos daí derivados para terceiros, no caso, os pais contratantes.

Em caso de abortamento contra a vontade dos pais contratantes apenas estes são lesados, dado que a criança não chegou a nascer, logo, não adquiriu a personalidade jurídica que lhe permite adquirir direitos, incluindo o direito ao ressarcimento pela lesão de direitos. Em contrapartida, se o nascituro nascer com danos, quer os pais (pais contratantes) quer a criança poderão reclamar da gestante a correspondente indemnização. É duvidoso que o contrato de gestação aproveite igualmente à criança que vier a nascer, mas se a responsabilidade face a esta não se fundar no contrato (responsabilidade contratual), sempre se poderá fundar na violação do seu direito à integridade física (responsabilidade extracontratual).

b) A gestante pretende continuar a gestação contra a vontade dos pais contratantes

Até aqui raciocinámos com base na hipótese de ser a gestante a querer abortar, eventualmente contra a vontade dos pais contratantes. Suponha-se agora a hipótese contrária, ou seja, que estes desejam terminar a gravidez, eventualmente contra a von-

³³ BRITTNEY KERN, *You Are Obligated*, p. 354.

³⁴ É inegável que a mulher é titular do direito à não reprodução e do direito a dispor do próprio corpo. Simplesmente, é discutível a sua existência quando o exercício de qualquer destes direitos resulte na destruição de uma vida humana já concebida (pós-nidação), de forma desnecessária (princípio da necessidade), isto é, sem justificação bastante. Mais desenvolvimentos em VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, pp. 148 ss.

tade da gestante³⁵.

Com já referido, a decisão cabe sempre à gestante de substituição, não podendo esta cedê-la por contrato. Porém, e tal como na hipótese anterior, também aqui poderá existir incumprimento contratual caso a gestante actue contra a vontade dos pais contratantes.

Contudo, enquanto no caso anterior (gestante que aborta em violação das suas obrigações contratuais) serão devidos danos patrimoniais e não patrimoniais, nesta segunda hipótese (gestante que não aborta em violação das suas obrigações contratuais) apenas danos patrimoniais são devidos. Nem mesmo caso se trate da gestação de uma criança com doença ou malformação grave, cujo aborto seria permitido pela alínea d) do n.º 1 do artigo 142.º do CP, nos parece haver dano moral para os pais contratantes.

Não se ignora que os pais podem sofrer danos pelo facto de nascer uma criança contra a sua vontade, mas tal dano não merece a consideração do direito³⁶. É certo que há casos em que os pais têm sido indemnizados por situações relacionadas com o nascimento de uma criança. Desde logo os casos de *wrongful birth*³⁷, em que o dano se funda na falta de informação ou informação deficiente facultada aos pais sobre o estado de saúde do nascituro, impedindo-os assim de tomar uma decisão esclarecida sobre a interrupção voluntária da gravidez. Também assim nos casos de *wrongful conception*³⁸, em que o dano

³⁵ Dando conta que em algumas jurisdições dos EUA se admite que os pais contratantes peçam uma indemnização à gestante por esta ter continuado a gestação contra a vontade daqueles, CATHERINE LONDON, *Advancing a Surrogate-Focused*, p. 417.

³⁶ Note-se que a recusa de compensação dos danos não patrimoniais nesta hipótese não se funda no facto de esta ser uma responsabilidade contratual, como no passado foi defendido, entre outro por Manuel de Andrade (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações* (com a colaboração de Rui de Alarcão) 3.ª ed., Coimbra, 1966, pp. 167-168), embora de forma não unânime (ADRIANO VAZ SERRA, *Reparação do Dano não Patrimonial*, *Boletim do Ministério da Justiça*, 83, 1959). Aliás, tal possibilidade é hoje comumente aceite pela doutrina e jurisprudência. Além do mais, sempre se poderá argumentar que a indemnização não se funda no incumprimento contratual, mas na violação do direito à não reprodução. Ao invés, a recusa do ressarcimento funda-se na falta de dignidade destes danos na situação concreta e já foi por nós sustentada em VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre*, p. 34.

³⁷ Cfr. KRISTEN CAREY, *Wrongful Life and Wrongful Birth: Legal Aspects of Failed Genetic Testing in Oocyte Donation*, *Penn Bioethics Journal*, I(1), 2005, at http://www.bioethicsjournal.com/past/pbj1.1_carey.pdf; MARGARET FORDHAM, *An IVF Baby and a Catastrophic Error—Actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth Revisited in Singapore*, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2015, 1–9; RALPH R. FRASCA, *Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life*, *Journal of Forensic Economics*, 19(2), 2006, pp. 185-205; Wendy Hensel, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 40, 2005, pp. 141-195; PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, *Lex Medicinæ*, 4(7), 2007, pp. 5-27; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21, 2010, pp. 61-99; DEAN STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, *Deakin Law Review*, 10(1), 2005, pp. 319-364.

³⁸ Cfr. MARGARET FORDHAM, *An IVF Baby and a Catastrophic Error—Actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth Revisited in Singapore*, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2015,

se funda no facto de a criança ter nascido não obstante os pais terem tomado medidas voluntárias e conscientes para não se reproduzirem. Em qualquer destas hipóteses o dano funda-se na violação do direito à não reprodução, como vertente negativa dos direitos reprodutivos³⁹. Sucede que nos contratos de gestação os direitos reprodutivos dos pais — à reprodução e à não reprodução — são voluntariamente condicionados por estes à decisão que a gestante venha a tomar, de modo que não é razoavelmente expectável que estes direitos reprodutivos se mantenham em toda a sua plenitude. Por isso nos parece que neste caso a frustração dos direitos reprodutivos dos pais não pode dar azo a uma compensação por danos morais⁴⁰. Ou seja, o fundamento de uma hipotética compensação não há-de ser a violação dos direitos reprodutivos dos pais, que estes voluntariamente limitaram ao celebrar um contrato de gestação, mas sim o incumprimento contratual da gestante. Simplesmente, caso a decisão da gestante desemboque no nascimento de uma nova vida, mesmo que contra a vontade dos pais expressa no contrato, o eventual dano moral sofrido por estes não merece consideração do direito e só os danos patrimoniais serão devidos.

Obviamente que se a gestante mantém a gestação contra a vontade dos pais contratantes estes não são obrigados a acolher a criança. Na verdade, não há mecanismo jurídicos que obrigue os pais — dentro ou fora de um contrato de gestação — a exercer os direitos e deveres parentais contra a sua vontade, muito menos a amar a criança. Embora caiba aos pais contratantes exercer poder parental sobre a criança na qualidade de pais legais (n.º 7 do artigo 8.º) podem sempre abdicar dessa prerrogativa entregando-a para adopção.

Tem-se entendido que caso a gestante prossiga a gestação contra a vontade dos pais contratantes não serão estes obrigados a custear as despesas derivadas de cuidados médicos com a gestação⁴¹. Contudo, não pode a gestante ser “forçada” a abortar apenas porque os pais deixaram de pagar as despesas e ela carece de meios económicos para eventuais tratamentos que sejam necessários. Assim, deveria ser impostos aos pais contratantes o custeamento de tais despesas, mesmo que não pretendam manter para si a criança ou, em alternativa, a contratação de um seguro de saúde para esse efeito⁴².

Porém, ressalta aqui uma nota importante: a necessidade de expressa e inequívoca previsão no contrato de gestação das obrigações contratuais da gestante face aos hipotéticos cenários de interrupção da gravidez, não para transferir o poder de decisão para os pais contratantes, mas para outros efeitos úteis. Desde logo, para forçar as partes a pensar nos vários cenários e gerir expectativas. Depois, para que a gestante fique cabalmente esclarecida quanto às situações em que pode incorrer em responsabilidade contratual. A

1–9; RALPH R. FRASCA, *Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life*, *Journal of Forensic Economics*, 19(2), 2006, pp. 185-205.

³⁹ Sobre o conteúdo e dimensões dos direitos reprodutivos, VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, pp. 157 ss.

⁴⁰ Sem descurar a dificuldade na avaliação dos danos aqui em causa (DEBORAH S. MAZERT, *Born Breach*, p. 235).

⁴¹ Assim também BRITTNEY KERN, *You Are Obligated*, p. 355.

⁴² No mesmo sentido RUI CASCÃO, *The Challenges*, p. 159, LYNDIA BECK FENWICK, *Private Choices, Public Consequences: Reproductive Technology and the New Ethics of Conception, Pregnancy and Family*. Dutton, 1998, p. 231 e VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre*, p. 43.

responsabilidade da gestante deve ser determinada pelo conteúdo estabelecido previamente no contrato e não por aquela que seja a vontade dos pais contratantes em cada momento (a não ser, claro está, que a vontade presente de ambas as partes vá no mesmo sentido). Se estes se comprometem no contrato a aceitar uma criança com síndrome de Down (ou se nada disserem a este respeito), não podem mais tarde, já em plena gestação, impor à gestante a responsabilidade contratual de abortar porque a criança sofre de síndrome de Down.

5.3. Redução embrionária

Os contratos de gestação sub-rogada não implicam contacto sexual (reprodução coital), pelo que se tem que recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Uma vez que nos contratos de gestação a tendência vai no sentido de o ovócito ser providenciado por uma terceira dadora (aliás, uma imposição da lei portuguesa — n.º 3 do artigo 8.º), será sempre necessário realizar uma fertilização *in vitro* (FIV), de forma a fertilizar em laboratório o ovócito da dadora com o esperma do homem contratante ou de um terceiro dador.

Uma das vicissitudes associadas à FIV é o perigo de gravidez múltipla⁴³, dado que em regra se transfere para o útero mais do que um embrião (acautelando a possibilidade de nem todos se desenvolverem); e, por sua vez, os embriões transferidos podem ainda dividir-se e dar azo a gémeos monozigóticos.

Quando a gestação envolve um número de embriões que a torna perigosa, seja para os embriões seja para a gestante, recorre-se a uma técnica denominada redução embrionária. Trata-se, no fundo, de um abortamento destinado a eliminar alguns embriões para preservar os restantes e/ou a vida/saúde da gestante. Obviamente, a possibilidade de redução embrionária deve ser objecto de previsão contratual, tal como em relação aos demais casos de abortamento voluntário.

O direito comparado revela-nos conflitos conturbados a propósito da redução embrionária em contratos de gestação. O caso de Helena Beasley, uma gestante de substituição britânica para um casal norte-americano, é paradigmático a este respeito⁴⁴. A gestante engravidou de gémeos e segundo o contrato a gestante estaria obrigada a redução embrionária em caso de gravidez múltipla. Face à recusa da gestante os pais contratantes quiseram terminar o contrato, tendo-lhe apenas pago \$1,000 dos \$20,000 que tinham sido originariamente acordados. Por sua vez, a gestante interpôs um processo judicial contra os pais contratantes acusando-os de abandono dos filhos. Estes, em resposta, processaram igualmente a gestante acusando-a de incumprimento contratual, gerando-se assim um intrincado conflito.

Muito do que se disse a propósito do abortamento voluntário aplica-se à redução embrionária: deve o contrato de gestação incluir cláusulas a regular esta matéria, mas

⁴³ Explicando a ocorrência de gravidezes múltiplas na FIV, ROYAL COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNAECOLOGISTS, Multiple Pregnancy Following Assisted Reproduction, Scientific Impact Paper No. 22, 2011, https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/sip_no_22.pdf

⁴⁴ BRYAN ROBINSON, Fetuses and Surrogacy Lose in Legal Battle, *ABC NEWS* (Aug. 14, 2001), <http://abcnews.go.com/US/story?id=92627&page=1>

em última instância a decisão cabe à gestante. Porém, se a gestante decidir actuar em contra do disposto no contrato de gestação incorre em incumprimento contratual. Excepcionam-se os casos em que a gestante decide avançar com a redução como forma de salvaguardar a sua própria vida ou saúde.

6. Cláusulas sobre a transferência embrionária

Uma das possíveis vias para evitar subsequentes reduções embrionárias passa pela limitação do número de embriões a transferir.

A FIV implica a criação de vários embriões *in vitro*, em regra em número bastante superior àqueles que serão necessários para o intento reprodutivo, e posteriormente a sua transferência uterina. O facto de haver tantos embriões disponíveis envolve uma necessária escolha dos embriões a transferir, a qual pode ser feita em modo mais aleatório ou segundo um critério de selecção específico⁴⁵.

Assim, o contrato de gestação deve prever antecipadamente cláusulas estipulando quantos ovócitos serão fertilizado, quantos embriões serão transferidos e qual o critério — se algum, pois pode optar-se pela pura aleatoriedade — para decidir quais transferir.

Claro que tais cláusulas se devem conformar às limitações impostas pelo ordenamento jurídico em causa.

Por exemplo, no ordenamento português o número de ovócitos a fertilizar e de embriões a transferir depende do juízo médico, depois de ponderadas as circunstâncias concretas da paciente (artigo 24.º)⁴⁶. Não quer isto dizer que os beneficiários das técnicas não sejam ouvidos; porém, no caso da gestação de substituição a opinião tida em conta pela equipa médica é a da gestante⁴⁷ e não a dos beneficiários das técnicas⁴⁸.

Quanto ao critério de selecção embrionária, à luz da lei portuguesa excluem-se quaisquer critérios não relacionados com o estado de saúde do feto. Sobretudo, vale uma proibição clara de seleccionar embriões em virtude do seu género, a não ser quando o género se relacione com questões de saúde⁴⁹.

Uma questão muito controversa é a de saber se existe um poder-dever parental de fazer escolhas reprodutivas e genéticas em prol do melhor bem da futura pessoa, ou se aos pais são permitidas todas as escolhas reprodutivas, fundadas num determinado entendimento de direitos reprodutivos⁵⁰. Se aos pais não incumbir um dever reprodutivo desta natu-

⁴⁵ Em detalhe sobre esta matéria *vide* VERA LÚCIA RAPOSO, *Pode Trazer-me o Menu*.

⁴⁶ Em bom rigor, apenas a questão do número de embriões a transferir está expressamente resolvida nesta norma, nos termos descritos no texto. Porém, tem-se entendido que esta mesma regra vale para o número de embriões a fertilizar.

⁴⁷ Dando conta de que em regra essa decisão cabe aos pais contratantes, CATHERINE LONDON, *Advancing a Surrogate-Focused*, p. 420.

⁴⁸ Na terminologia legal, os pais contratantes são os “beneficiários das técnicas”, não a gestante de substituição (cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre*, p. 21).

⁴⁹ Sobre esta matéria, VERA LÚCIA RAPOSO, *Adão e Eva — O Milagre da Selecção de Sexo Embrião*, *Revista de Direito Médico e da Saúde*, III, 11, 2007, pp. 89-110.

⁵⁰ Posição que não sufragamos, como já manifestámos em VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à*

reza, então, será legítimo que os beneficiários das técnicas (pais legais e eventualmente também genéticos) que não impeçam o nascimento de embriões em condições de saúde objectivamente indesejáveis, em nome de uma suposta ideia de respeito pelos desígnios da natureza; ou que expressamente seleccionem embriões nessas condições com base na maior valoração de certas particularidades genéticas (surdez, cegueira)⁵¹.

Em qualquer dos casos podem e devem as partes inserir cláusulas a este respeito no contrato, ainda que a sua execução possa ser limitada caso se conclua pela existência de deveres genéticos e reprodutivos, que no caso caberiam aos pais contratantes e eventualmente à gestante de substituição.

7. Cláusulas sobre o comportamento da gestante durante a gestação

Uma vez que o comportamento da gestante durante a gestação pode directamente condicionar o estado de saúde da futura criança é usual que os pais contratantes queiram incluir no contrato cláusulas que imponham ou proíbam certas condutas à gestante.

Contudo, no caso português tal hipótese é vedada pelo n.º 11 do artigo 8.º, nos termos já expostos. A proibição incluída nesta norma revela-se excessiva e, diríamos mesmo, iníqua.

Certamente que devem ser proibidas restrições injustificadas e abusivas ao comportamento da gestante, tais como a instalação de câmaras de videovigilância na sua casa, de modo a controlar todos os seus movimentos, ou a proibição de sair de casa ou mesmo do quarto.

Porém, há limitações que são absolutamente razoáveis em razão dos bens e valores em causa. Assim sucede com cláusulas que imponham à gestante comportamentos que visam directamente beneficiar a criança que irá nascer, e que são causa adequada a evitar um risco sério e premente para a vida ou saúde dessa criança. Será o caso de cláusulas que vinculem a gestante a comparecer a consultas médicas e efectuar tratamentos impostos pela condição clínica do nascituro. Ou, no plano inverso, cláusulas que proíbam a gestante de adoptar comportamentos susceptíveis de colocar em risco (isto é, que sejam causa adequada a colocar em risco) a vida ou saúde da criança que irá nascer. São exemplos deste segundo caso cláusulas que proíbam a gestante de tomar álcool ou estupefacientes ou de fumar.

Algures entre as cláusulas nitidamente abusivas e as cláusulas nitidamente justificadas emerge uma vasta zona cinzenta, composta por uma ampla panóplia de cláusulas

Imortalidade, p. 170 ss. e VERA LÚCIA RAPOSO, *Os Intocáveis...*, pp. 255 ss.

⁵¹ Sobre os deveres genéticos e reprodutivos, SHEILA MCLEAN, *A Moral Right to Procreation? Assisted Procreation and Persons at Risk of Hereditary Genetic Diseases*, in *The Ethics of Genetics in Human Procreation* (HILLE HAKER e DERYCK BEYLEVELD eds.), 2000, pp. 13-27; VERA LÚCIA RAPOSO, *Os Intocáveis — Sobre a (Ir)Responsabilidade dos Pais por Violação de Deveres Reprodutivos no Código Civil de Macau*, in *Um Diálogo Consistente: Olhares Recentes sobre Temas do Direito Português e de Macau*, Volume I (TONG IO CHENG e HUGO DUARTE FONSECA eds.), Macau, 2016, pp. 264-265; JULIAN SAVULESCU e GUY KAHANE, *The Moral Obligation to Create Children with the Best Chance of the Best Life*, *Bioethics*, 23(5) 2009, pp. 274-290; BONNIE STEINBOCK e RON MCCLAMROCK, *When is Birth Unfair to the Child?*, *HASTINGS CENTRE REPORT*, 24(6), 1994, 15-21.

cuja admissibilidade é controvertida (embora eventualmente possa ser clarificada pelas circunstâncias especiais do caso concreto). Pode a gestante ser proibida de fazer uma alimentação de certo tipo ou, ao invés, compelida a adoptar determinada dieta? Pode a gestante ser forçada a submeter-se a tratamentos médicos cuja evidência científica é discutível, especialmente quando tais tratamentos impliquem riscos para a gestante?

É certo que mesmo sem tais cláusulas pode ainda assim a gestante de substituição ser judicialmente responsabilizada caso a criança venha a nascer com danos no corpo e/ou saúde (ou mesmo não venha a nascer de todo) devido a comportamentos que a gestante adoptou, de forma negligente ou dolosa, durante a gravidez. Ou seja, a via da responsabilidade civil extracontratual permanece sempre aberta. Contudo, revela-se de grande importância a responsabilização contratual da gestante, por via do incumprimento do contrato de gestação. Primeiro, porque a responsabilidade contratual apresenta algumas virtualidades para o lesado, nomeadamente em sede de ónus da prova da culpa, por funcionar uma presunção de culpa do devedor. Depois, porque a inclusão de tais cláusulas poderia eventualmente vir acompanhada de uma espécie de cláusula penal que sancionasse a gestante por cada violação das mesmas. Finalmente — mas talvez sobretudo — porque a redacção e inclusão de tais cláusulas no contrato de gestação teria a virtualidade de forçar as partes a ponderar seriamente sobre as mesmas, gerir expectativas e evitar litígios futuros⁵².

8. Cláusulas sobre responsabilidades contratuais

8.1. Crianças nascidas com doenças ou malformações

Nos EUA os contratos de gestação tendem a afastar qualquer responsabilidade parental dos pais contratantes caso a malformação ou doença da criança tenha sido detectada durante a gestação, recusando-se a gestante a interromper a gravidez⁵³.

No caso português esta hipótese está afastada, por força do n.º 7 do artigo 8.º, pois que ao consagrar que os pais contratantes são os pais da criança, do mesmo passo esta norma impõe-lhes essa responsabilidade, sem qualquer ressalva.

Os pais não podem recusar a criança, excepto recorrendo ao mecanismo da adopção. Mas podem certamente intentar uma acção contra a gestante de substituição caso esta, com o seu comportamento culposos, tenha dado azo à doença ou malformação da criança.

8.2. Criança nascida sem ligação genética ao homem contratante

Para assegurar que a gestante engravida efectivamente do homem contratante (ou do dador de esperma seleccionado para os beneficiários das técnicas) por via da FIV, em regra a gestante vincula-se a abstinência sexual ou a não ter sexo sem métodos anticoncepcionais no período que imediatamente antecede e precede a transferência uterina.

⁵² No mesmo sentido VERA LÚCIA RAPOSO, *A Idade da Inocência*, pp. 154 ss. e VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre*, p. 33.

⁵³ Cfr. CATHERINE LONDON, *Advancing a Surrogate-Focused*, p. 421.

Assim, tudo aconselha à inclusão, no contrato de gestação, de uma cláusula que iniba a gestante de manter relações sexuais não protegidas (contudo, atendendo à falibilidade dos métodos contraceptivos pode questionar-se se a proibição não se deve estender a toda a prática sexual coital, ainda que com uso de contraceptivos) no período que imediatamente antecede ou precede a FIV⁵⁴. Tal cláusula reforçará a responsabilidade da gestante caso a criança nasça sem a esperada ligação genética com os pais contratantes.

De facto, o n.º 3 do artigo 8.º impõe que os beneficiários das técnicas — ambos ou pelo menos um deles — aportem o seu material genético. Poderá tratar-se do ovócito da mulher contratante a ser fertilizado pelo esperma de um dador; do ovócito de uma dadora (nunca da gestante de substituição) a ser fertilizado pelo esperma do homem contratante; do ovócito do mulher contratante a ser fertilizado pelo esperma do homem contratante; ou, em caso de casais compostos por duas mulheres⁵⁵, do ovócito de um delas fertilizado por esperma de dador. Logo, uma ligação genética terá sempre que existir.

É certo que mesmo sem a cláusula tal responsabilidade se poderá activar, pois que a gestante se comprometeu a gerar uma criança com determinados laços genéticos; porém, uma cláusula desta natureza reforçará as suas obrigações contratuais. A questão é que à luz do n.º 11 do artigo 8.º tal cláusula é vedada, pois que limitaria o comportamentos da gestante e os seus direitos.

Por força do n.º 7 do artigo 8.º os pais contratantes são sempre considerados pais da criança, mesmo que por alguma eventualidade esta não mantenha com eles qualquer vínculo genético. Esta conclusão deriva do facto do n.º 7 do artigo 8.º não conter qualquer excepção, nem a sua solução estar condicionada ao preenchimento de todos os requisitos de licitude dos contratos de gestação.

Porém, esta poderá ser uma forma de frustrar a proibição legal do n.º 3 do artigo 8.º, levando a crer que pelo menos um dos beneficiários participará com os seus gâmetas quando, na verdade, por força do previamente combinado comportamento sexual da gestante, a criança vem a nascer sem qualquer vínculo genético aos beneficiários. Mas, e por outro lado, nos casos em que tal consequência seja totalmente independentemente da vontade dos beneficiários e alheia ao seu conhecimento, pode igualmente revelar-se injusto impor-lhes o cuidado de uma criança que não mantem com eles a desejada ligação genética.

É certo que na ausência do n.º 7 do artigo 8.º poderíamos chegar a um cenário em que nenhuma das partes contratuais quisesse para si a criança: a gestante não, porque se considera apenas gestante, os pais contratantes não, porque a criança não é “carne da sua carne” e “sangue do seu sangue”. A esta luz o n.º 3 do artigo 8.º parece a melhor forma de acautelar o interesse da criança e prover ao seu sustento e educação.

⁵⁴ Caso a gestante fosse igualmente a dadora do ovócito (solução vedada na maior parte das ordens jurídicas, incluindo a nossa), a mesma proibição valeria, e até por maioria de razão, para o período que antecede e precede a inseminação artificial.

⁵⁵ O acesso às técnicas de PMA por parte de duas mulheres é admitido em Portugal desde 2016, por força da Lei n.º 17/2016, de 20/06. Assim sendo, se o requisito do n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006 (“de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”) se verificar quanto a ambas não há impedimento ao uso da gestação sub-rogada.

Contudo, na verdade é uma falsa solução, pois que ninguém pode ser obrigado a cuidar dos filhos — genéticos ou não — e para aqueles que entenderem não o fazer resta sempre a via da adopção.

9. Cláusulas sobre danos advindos da gestação para a gestante

Por força da gestação em si mesma ou do parto pode a gestante sofrer danos no seu corpo ou saúde. Se os mesmos se devem a comportamentos culposos na prestação de cuidados de saúde será uma situação de responsabilidade médica, que caberá na responsabilidade dos prestadores dos cuidados de saúde. Mas pode suceder que o dano sofrido pela gestante não se deva a qualquer actuação culposa da equipa médica, mas sim às vicissitudes da gestação e do parto.

Assumido que a gestante presta um serviço aos pais contratantes deveria a lei impor que fossem estes a arcar com eventuais compensações por danos advindos para a gestante da prestação do serviço de gestação. Ou, melhor ainda, impor-lhes a contratação de um seguro de saúde para este efeito.

Nem sempre será fácil delimitar os danos sofridos pela gestante⁵⁶. Por exemplo, se gestante ficou com marcas e estrias devido ao esforço que a gestação impôs ao seu corpo, será isto um dano? As dores sofridas pela gestante durante o parto, serão elas um dano? O facto de a gestante ter sofrido uma cesariana e ter agora uma cicatriz, será um dano estético? Parece-nos que não. Em qualquer dos casos falamos de danos e incómodos típicos de uma gravidez, que são do conhecimento do homem médio, *rectius*, da gestante medianamente sensata, esclarecida e prudente, pelo que não merecem compensação. Logo, só serão objecto de compensação os particulares e específicos danos não expectáveis no âmbito do decurso normal de uma gestação e de um parto.

10. Cláusulas sobre a execução do contrato e a entrega da criança

A liberdade de mudar de opinião, especialmente no âmbito de um contrato, implica uma restrição da liberdade da contraparte de confiar no resultado prometido⁵⁷. Em qualquer domínio contratual este delicado equilíbrio é difícil de alcançar, mas no domínio reprodutivo a questão torna-se ainda mais sensível. A incerteza quanto ao desfecho de um contrato de gestação, quanto ao carácter mais ou menos vinculativo das manifestações de vontade nele plasmadas, quanto às cláusulas que podem ser legitimamente incluídas e quanto ao carácter executório do contrato arrisca-se a colocar em causa vários direitos fundamentais, nomeadamente o direito à reprodução e a constituir família por parte dos beneficiários das técnicas, e a liberdade de disposição do corpo, no caso da gestante de substituição.

O reconhecimento da validade legal destes contratos confirma que as mulheres são competentes para agir como agentes racionais no que diz respeito às suas capacidades

⁵⁶ A mesma preocupação em VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre...*, p. 43.

⁵⁷ DEBORAH S. MAZERT, *Born Breach*, p. 233.

reprodutivas⁵⁸. O reforço da vertente contratual dos contratos de gestação, com as necessárias consequências contratuais que daí decorrem, e o acentuar da concomitante liberdade contratual das partes, tem sido particularmente sublinhada por Richard Epstein⁵⁹.

Sem deixar de reconhecer os laços que a gestação cria entre o gestante e o nascituro (e a consequente criança), certo é que este vínculo emocional não pode ser erigido em título que permita reclamar para si a criança. Laços igualmente fortes e profundos se criam entre a criança e os seus cuidadores (nannys, família de acolhimento), sem que estes possam, sem mais, chamar a si o estatuto de “pai” ou “mãe” em termos jurídicos.⁶⁰

Nesta linha de entendimento, o n.º 7 do artigo 8.º determina que os pais contratantes são os pais legais, o que lhes confere o poder dever-dever de educar a criança. Uma vez que a lei é omissa a respeito de qualquer prazo de reflexão para a gestante decidir se entrega a criança, ou mesmo sobre um eventual direito ao arrependimento⁶¹, não resta senão concluir que tal possibilidade foi afastada e que após o nascimento deve a gestante entregar a criança aos contratantes.

Contudo, nada é dito acerca de uma eventual execução coactiva do contrato caso a gestante não o faça voluntariamente⁶². Será de aplicar sem mais as regras do direito contratual em sede de incumprimento e execução do contrato? Será que o silêncio legislativo nesta matéria significa que pretende o legislador que sejam as partes a decidir se o contrato pode ser coactivamente executado? Mas se assim for, até onde podem as partes ir? Esta matéria não deve caber na disponibilidade das partes, mas sim ser legalmente regulada. Segundo a interpretação que fazemos do texto da Lei n.º 32/2006 o legislador remeteu pura e simplesmente para o direito contratual, pelo que se aplicarão as regras sobre incumprimento contratual previstas no CC.

⁵⁸ CATHERINE LONDON, *Advancing a Surrogate-Focused*, p. 410.

⁵⁹ RICHARD A. EPSTEIN, *Surrogacy*, p. 2335.

⁶⁰ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *A Idade da Inocência*, pp. 160 ss.

⁶¹ Sobre o direito ao arrependimento, SUSAN FRELICH APPLETON, *Reproduction and Regret*, *Yale Journal of Law & Feminism*, 23(2), 2011, pp. 255 ss.; YEHEZKEL MARGALIT, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, *William & Mary Journal of Women and the Law*, 20, 2014, pp. 433 ss.; ABIGAIL LAUREN PERDUE, *For Love or Money: An Analysis of the Contractual Regulation of Reproductive Surrogacy*, *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, 27, 2011, pp. 297 ss.; VERA LÚCIA RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre*, pp. 17 ss.

⁶² A discussão acerca da admissibilidade legal do direito ao arrependimento da gestante ou, ao invés, da sua recusa e consequente execução obrigatória do contrato, não é nova. Recuando atrás na literatura jurídica encontramos posições num e noutro sentido.

A favor do direito ao arrependimento, ABBY BRANDEL, *Legislating Surrogacy. A Partial Answer to Feminist Criticism*, *Maryland Law Review*, 54, 1995, pp. 522-523.

A favor da execução do contrato, JOHN LAWRENCE HILL, *The Case for Enforcement of the Surrogate Contract*, *Politics and the Life Sciences*, 8(2), 1990, pp. 157-159; JOHN A. ROBERTSON, *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth*, *Virginia Law Review*, 69(3), 1983, pp. 405-462.

11. Cláusulas sobre as relações entre as partes após o parto

O cumprimento do contrato de gestação dá-se com a entrega da criança. Mesmo a entrega da criança carece de acordo prévio: no hospital ou já em casa? Imediatamente após o parto? 2 horas depois? 1 dias depois? A criança é entregue pela gestante ou pelo seu advogado? Aos pais contratantes ou aos seus advogados?

Ao invés do que sucede em muitos outros contratos, nos contratos de gestação o cumprimento do contrato — isto é, a entrega da criança — nem sempre encerra as relações entre as partes. Neste ensejo o pós-contrato pode revelar-se tão ou mais importante do que o desenvolvimento do contrato. Devem os pais contratantes permitir que a criança conviva com a gestante? Enviar a esta informações sobre a criança ou fotos suas⁶³?

Alguma doutrina pronunciou-se contra o corte de relações entre os pais contratantes e a gestante, acusando esta opção de levar à coisificação da gestante⁶⁴. Contudo, não vemos em que medida tal cláusula permite a referida conclusão e em muitas situações a solução contrária (a manutenção de relações próximas entre as partes) poderia conduzir a resultados perniciosos para a vida familiar da criança. Isto sem prejuízo de para efeitos específicos tal vir a ser necessário, como por exemplo, para entrega de leite materno (já a hipótese de alimentação com leite materno através do próprio corpo da gestante poderia prejudicar ainda mais a execução pacífica do contrato)⁶⁵.

De novo se revela indispensável decidir a priori, no próprio contrato, em que termos se irão ou não desenrolar tais contactos (desta feita sem que o conteúdo do n.º 11 do artigo 8.º possa impedir cláusulas desta natureza).

12. Notas conclusivas

O contrato de gestação, como qualquer outro contrato, deve ter a sua base regulatória no direito contratual. Contudo, e ao invés de qualquer outro contrato, exige às normas de direito contratual algumas adaptações que tenham em conta a particularidade dos interesses em causa. Por conseguinte, o CC e a liberdade contratual que dele resulta não são suficiente para regular os contratos de gestação, exigindo-se uma normação específica que proceda à referida adaptação.

⁶³ Cfr. H. L. BERK, *The Legalization of Emotion*, pp. 157 ss. e SUSAN IMRIE, VASANTI JADVA, *The Long-Term Experiences of Surrogates: Relationships and Contact With Surrogacy Families in Genetic and Gestational Surrogacy Arrangements*, *Reproductive BioMedicine Online*, 29(4), 2014, pp. 424–435.

⁶⁴ Neste sentido, KELLY A. ANDERSON, *Certainty in an Uncertain World: The Ethics of Drafting Surrogacy Contracts*, 21(3), *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2008, p. 628.

⁶⁵ Sobre esta matéria, H. L. BERK, *The Legalization of Emotion*, pp. 162 ss.

PERFIS ATUAIS DA SAÚDE REPRODUTIVA NA ITÁLIA, ENTRE PROIBIÇÕES LEGISLATIVAS E JULGAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

CURRENT REPRODUCTIVE HEALTH PROFILES IN ITALY, BETWEEN LEGISLATIVE BANS AND CASE-LAW JUDGMENTS

Vitulia Ivone*

RESUMO

O trabalho tem como objetivo destacar a complexidade das normas legais sobre o tema da reprodução assistida na Itália. Depois de 2004, a lei — e o seu dismantling nas mãos dos acórdãos dos tribunais — não tem a sua aparência original e é afetada pela interpretação judicial não uniforme. Caiu a proibição da fertilização heteróloga e pré-implantação de diagnóstico: no entanto, o legislador, aparentemente, não vai re-escrever uma nova lei. Por esta razão, é muito importante manter a atenção sobre estas questões que envolvem direitos humanos fundamentais.

Palavras Chave — JUSTIÇA, SAÚDE, REPRODUÇÃO, DIAGNÓSTICO, AUTO-DETERMINAÇÃO

ABSTRACT

The objective of this study is to highlight the complexity of legal norms on the subject of assisted reproduction in Italy. After 2004, the law — and its dismantling at the hands of Court judgments — does not have its original appearance and is affected by non-uniform judicial interpretation. The ban on heterologous fertilization and pre-implantation diagnosis fell down: however, the legislator apparently will not re-write a new law. For this reason, is very important to keep our attention on these issues that involving fundamental human rights.

KEY WORDS — JUSTICE, HEALTH, REPRODUCTION, DIAGNOSIS, SELF-DETERMINATION

SUMÁRIO: 1. *Justiça distributiva e eficácia constitucional.* 2. *Os direitos das mulheres são direitos humanos.* 3. *O direito à saúde na Itália.* 4. *A Lei 19 febrero 2004, n. 40 (Regras sobre procriação medicamente assistida): princípios gerais.* 5. *Fronteiras actuais de técnicas de procriação medicamente assistida na Itália.* 6. *A regra do consentimento informado.* 7. *O princípio de auto-determinação nas escolhas reprodutivas.* 8. *A saúde sexual na política pública de saúde.* 9. *Algumas considerações finais.*

1. Justiça distributiva e eficácia constitucional

A primeira questão que se levanta com respeito ao tema que iremos tratar neste relatório — justiça distributiva e eficácia constitucional — é a de saber como o assunto vem sendo tratado pela doutrina e jurisprudência na Itália. A Constituição, como sistema de normas jurídicas, tem sido o objeto nuclear desta preocupação, não como norma pura,

* vituliaivone@unisa.it. Professor at the Department of Legal Sciences (School of Law) of the University of Salerno.

desvinculada da realidade social e vazia de conteúdo axiológico, mas como uma estrutura, considerada como uma conexão de sentido, e que envolve um conjunto de valores. Neste contexto, autores nacionais e internacionais elucidam que, no instante de decidir, os juízes passam pelo que se pode chamar de *tragic choices* (escolhas trágicas), impostas pela escassez de recursos financeiros para a tutela dos direitos fundamentais e sociais, necessitando da aplicação de conceitos construtivos e criativos para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar na sua decisão.

O poder judiciário tem buscado legitimar as suas decisões em questões cada vez mais difíceis principalmente na área dos direitos sociais, em especial no direito à saúde.

Este relatório busca demonstrar como aconteceu a evolução deste pensamento em Itália, tendo como objetivo traçar um debate sobre as dimensões de direitos humanos sexuais e reprodutivos, contextualizando o tema e localizando o momento em que o direito à saúde se encontra e reafirmar o papel positivo do Estado e a sua responsabilidade em dar efetividade às normas¹.

A Constituição italiana adquire uma força normativa na medida em que logra realizar a pretensão de eficácia, vinculada a uma situação histórica concreta e condicionantes concretas.

De fato, o comportamento justo e injusto pode consistir na promulgação de normas que estabelecem benefícios para classes de indivíduos, bem como pode consistir na aplicação de tais normas em casos particulares, assim como na sua observância. No presente contexto, a justiça distributiva será aquela que se exterioriza na distribuição de direitos, de bens materiais ou de qualquer outra coisa divisível, entre os que participam de um sistema político. Esse papel de fixar os méritos e deméritos, efetuando esta avaliação do ponto de vista ético e moral é o que se esperará do juiz no momento da aplicação do direito à saúde. Para tanto, deve-se localizar dentro do quadro de direitos fundamentais, onde se insere o direito à saúde, procurando a sua máxima efetivação².

O reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância, sendo preferível o termo “novas dimensões” dos direitos fundamentais. Essa pequena mudança visa acabar com o entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, o que não acontece. Compartilhando com este pensamento, é necessário que haja a substituição do termo “gerações” pelo termo “dimensões” dos direitos fundamentais, já que estes não foram substituídos ou alterados de tempo em tempo. Na verdade, direitos fundamentais são o resultado de um processo de fazer-se permanente a complementaridade³. O avanço de direitos e garantias fundamentais é resultado de uma

¹ S. RODOTA, *La vita e le regole*, Milano, 2007, p.31: «A lei incide sobre a qualidade de vida não menos do nosso meio ambiente, a biosfera em que estamos imersos»; P. ZATTI, *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Riv.dir.civ.*, n.4, 2010.

² M. GORGONI, *Individuo o persona: problemi di qualificazione e tutela giuridica alle soglie della vita*, in *Fam. e dir.*, 3, 1994, p.338; R. BALDUZZI, *La biotecnologia tra diritto e politica*, in R. Balduzzi — C. Cirotto — I. Sanna, *Le mani sull'uomo. Quali frontiere per la biotecnologia?*, Roma, 2005, p.123 ss.; V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull'inizio della vita*, Napoli, 2013.

³ A. RUGGERI — A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime nota-*

afirmação histórica dos direitos do homem, aprendida ao longo de um intenso processo pelo qual passou o ocidente. Por isso, como ensina Norberto Bobbio os direitos do homem ganharam relevo no instante em que se deslocaram do Estado para os indivíduos, ou seja, quando assumem uma posição de definitiva proeminência na sociedade.

2. Direitos das mulheres são direitos humanos

Os direitos humanos sexuais e reprodutivos vêm sendo incorporados desde a década de 90 do século passado no âmbito internacional através da ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos e da adesão aos acordos internacionais pelo governo italiano, que assumiu obrigações internacionais de tomar medidas para a sua implementação através de leis e políticas públicas no plano nacional. No âmbito dos tratados e compromissos internacionais, a II Conferência Internacional de Direitos Humanos (Viena, 1993) enfatizou que os direitos das mulheres são direitos humanos e que, portanto, devem estar incluídos na agenda das políticas de direitos humanos das nações. Em 1994, no Cairo⁴, a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD) consagrou os direitos reprodutivos como direitos humanos e reconheceu o aborto inseguro como um grave problema de saúde pública. No ano seguinte, em Pequim, a Conferência Mundial sobre Mulheres revelou a distância das mulheres em relação aos espaços de poder, a relação entre o empoderamento de gênero e a superação dos desequilíbrios mundiais, e orientou os Estados no sentido de eliminar leis e medidas punitivas contra as mulheres que se submetam a abortos ilegais, garantindo o acesso a serviços de qualidade para tratar complicações derivadas desses abortos. No ano 2000, as Metas do Milênio expressaram o nexos entre saúde sexual, saúde reprodutiva, mortalidade materna e políticas de desenvolvimento.

Os direitos reprodutivos referem-se, resumidamente, ao direito de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o tempo e a oportunidade de ter filhos, bem como o direito a ter acesso à informação e aos meios para tomar esta decisão. Já os direitos sexuais dizem respeito ao direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência. Se por um lado esses direitos estão inter-relacionados — dado que o exercício da sexualidade de forma livre e segura só é possível se a prática sexual estiver desvinculada da reprodução —, por outro lado, a distinção por tratamento jurídico di-

zioni), in *Pol. dir.*, 1991, p.346; E. CHELI, *Il fondamento storico della Costituzione italiana*, in S. Labriola (a cura di), *Cinquantesimo della Repubblica italiana*, Quaderni della Rassegna Parlamentare, Milano, 1997, p. 51; V. VIOLINI — A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. CARTABIA, Il Mulino, Bologna, 2007, p.201.

⁴ Segundo o parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo: *[O]s direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.*

ferenciado é o que assegura o exercício pleno da cidadania pelas mulheres⁵.

O termo «direitos reprodutivos» tornou-se público no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado em Amsterdão, Holanda, em 1984. Neste contexto, houve um consenso global de que tal denominação traduzia um conceito mais completo e adequado da «saúde da mulher» na ampla pauta de autodeterminação reprodutiva das mulheres. A formulação do conteúdo dos direitos reprodutivos teve início, pois, num marco não-institucional, de desconstrução da maternidade como um dever, por meio da luta pelo direito ao aborto e anticoncepção em países desenvolvidos.

Os estudiosos do direito começaram a refinar o conceito de direitos reprodutivos, tentando dar precisão ao seu conteúdo e pondo em destaque a importância da escolha reprodutiva como um direito humano universal. As leis que negam, obstruem ou limitam o acesso aos serviços de saúde reprodutiva violam os direitos humanos básicos previstos em convenções internacionais. Para ser realmente universal, o direito internacional dos direitos humanos deve exigir aos Estados que tomem medidas preventivas e paliativas para proteger a saúde reprodutiva da mulher, dando-lhe a possibilidade de exercer a sua autodeterminação reprodutiva.

Os direitos sexuais, por sua vez, começaram a ser discutidos no final da década de 80, com a epidemia do HIV/Aids, principalmente dentro do movimento gay e lésbico, a quem se juntou a reflexão do movimento feminista. O termo “direitos sexuais” foi introduzido na CIPD, em 1994, para que os direitos reprodutivos fossem garantidos, como visto, no texto final da Declaração e Programa de Ação do Cairo e na IV Conferência Mundial sobre a Mulher⁶.

O desenvolvimento dos direitos sexuais só foi possível de forma negativa, ou seja, enunciando o direito de não ser objeto de abuso ou exploração, no sentido de combate às violações. Porque é tão mais fácil declarar a liberdade sexual de forma negativa, e não em um sentido positivo e emancipatório? Por que é mais fácil chegar a um consenso sobre o direito de não ser objeto de abuso, exploração, estupro, tráfico ou mutilação, mas não sobre o direito de usufruir plenamente de seu próprio corpo?

⁵ M. BRAITHWAITE, *Mainstreaming Gender in the European Structural Funds*, Paper prepared for the Mainstreaming Gender in European Public Policy Workshop, University of Wisconsin-Madison, 2000, p.14-15; E. CHRYSTALLA, *Promoting Women's Rights. The Politics of Gender in the European Union*, New York, Routledge, 2003; L. BISIO, A. CATALDI, *The Treaty of Lisbon from a Gender Perspective. Changes and Challenges*, Brussels, WIDE Network, 2008.

⁶ Consoante previsto no parágrafo 96 da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim: *Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências.* Como se pode ver essa ainda não é uma definição propriamente dita dos direitos sexuais. Refere-se aos direitos que supostamente compõem os direitos sexuais, permanecendo o prazer, como um fim em si mesmo, oculto do discurso das Conferências Internacionais da ONU.

Apresenta-se necessário desenvolvimento dos direitos sexuais com a ampliação do conceito positivo, que vá além do combate às discriminações e abusos cometidos contra as minorias sexuais, incluindo-se aí as mulheres que não se enquadram nas formas dominantes de seu gênero. Assim, devem englobar as chamadas «titularidades (*entitlements*) afirmativas», já que as titularidades afirmativas e negativas são os dois lados da mesma moeda: não posso gozar de meu corpo sexual se estou constantemente submetida ao temor, digamos, de um abuso.

Tendo em vista a atual formulação dos direitos sexuais e reprodutivos, passamos à análise dos obstáculos e desafios para o reconhecimento jurídico dos direitos sexuais na arena italiana.

3. O direito à saúde na Itália

Na Constituição italiana, o direito à saúde é tratado no artigo 32.^o que explicitamente protege a saúde como «direito fundamental» e como «interesse coletivo».

A saúde é reconhecida quer como um direito tradicional da liberdade, quer também como um direito social de desempenho, que cabe na garantia expressa de “atendimento gratuito aos indigentes.” Estes dois aspectos têm influenciado a dimensão concreta do direito à saúde na ordem jurídica italiana e foram objecto de consideração da doutrina na década de Oitenta do século XX⁷.

A saúde é um valor constitucional primário, que compreende um conjunto de situações subjetivas, estruturalmente relacionada quer com a liberdade negativa, quer com a liberdade positiva e que produz específicas consequências, em parte por causa das escolhas de estilo de vida das pessoas⁸.

⁷ Os estudos sobre o problema da natureza e do conteúdo do direito à saúde marcaram duas linhas de pensamento: a primeira tendência é a construção do direito à saúde como um conjunto de situações jurídicas que podem receber proteção imediata contra as autoridades públicas dos poderes. Essa é a abordagem multidimensional do direito à saúde (B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir.soc.*, 1983, p.25; L.CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003, p. 128). A segunda linha de tendência é a de evitar que a questão da eficácia do direito à saúde esteja fechado apenas no âmbito das garantias judiciais de rigidez constitucional (E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, p.18).

⁸ S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei, A. Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbèra, Firenze, 1950, p. 336 ss.; F. PERGOLES, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corriere amministrativo*, 1961; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infortuni e malattie professionali*, 1961, I, 1, ora in *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 433 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967; S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Democrazia e Diritto*, 1970, p. 78 ss.; M. Bessone, E. Roppo, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 Cost. ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1974; M. BESSONE, E. ROPPO, *Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, IV, 1975; D. VINCENZI AMATO, *art. 32*, in *Comm. Cost. Branca*, Zanichelli, Bologna, 1976; F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in

O conceito de saúde não é absoluto e definitivo, mas conectado e dependente de corolários importantes que a caracterizam: a capacidade do sujeito a persegui-lo, os projetos nas opções de vida, as possibilidades de uso da saúde, os recursos e as experiências, o contexto ambiental, as condições socio-económicas específicas⁹.

Em Itália o direito à saúde como dimensão da política pública tem sido um tema central para todos os setores que trabalham e agem politicamente em torno dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais.

A demanda por políticas de saúde como base para o exercício desses direitos é tão intensa e priorizada pelos movimentos sociais, que produziu em determinado momento uma restrição na compreensão desses direitos como exclusivos ao campo da saúde enquanto direitos sociais. Neste sentido, é fundamental fortalecer a importância da saúde e ao mesmo tempo afirmar a relação desses direitos com outras esferas da política pública e da vida social.

A demanda por políticas sociais na área da saúde está baseada numa visão de direitos reprodutivos e sexuais como parte dos direitos sociais, como defesa de um Estado promotor de bem-estar e de transformação social.

No campo económico, coloca-se a necessidade incontornável de mudança para uma política económica redistributiva que assegure recursos suficientes na promoção do bem-

Diritto e società, 1979; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, p. 769 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari"*, in *Diritto e società*, 1981, p. 536 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, I, 21 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1984; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1991; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 40 ss.; I. TERESI, *La tutela della salute nelle decisioni della Corte costituzionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1998, n. 1, p. 114 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in P. Ridola, R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, Torino, 2001; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2002; R. BALDUZZI, G. DI GASPARE, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002; L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003.

⁹ Cfr. F. POLESE, *Management sanitario in ottica sistemico vitale*, Torino, 2013, p.24: «Il settore sanitario è in continua evoluzione in quanto le aziende che vi appartengono sono fortemente influenzate, in termini di comportamenti, performance e modelli competitivi, dai cambiamenti che interessano l'ambiente esterno. La struttura del settore sanitario può essere influenzata da diverse variabili. La prima è rappresentata dalla distribuzione delle responsabilità tra il Governo nazionale e le amministrazioni regionali. Una seconda variabile, che determina significativi cambiamenti strutturali all'interno del SSN, è da ricercare nei mutamenti degli aspetti demografici e sociali che interessano la popolazione». Si veda, altresì, L. CUOCOLO — A. CANDIDO, *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 settembre 2013, spec.38; L. MONTEFERRANTE, *La dignità della persona umana tra istanze di tutela dei diritti sociali ed esigenze di contenimento della spesa pubblica: prospettive a confronto*, in G. C. DE MARTIN — D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, Padova, 2013, p.111 e ss.; M. SESTA, *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p.167.

-estar social. Junto com isso vem, em muitos casos, a necessidade de reconstrução do setor público de saúde dotando-o de meios físicos adequados, tecnologia e recursos humanos que respondam com eficiência aos problemas da população.

Conectado com o direito à saúde é o alcance da liberdade de investigação (que a Constituição italiana garante nos artigos 9.º e 33.º), que, no campo da medicina, pode ser considerado em certos aspectos instrumental para o direito à saúde, mas sob outros aspectos é oposto à protecção da pessoa e dignidade humana, se estiverem em causa actividades experimentais que envolvem o direito à vida¹⁰.

4. A Lei 19 febrero 2004, n. 40 (Regras sobre procriação medicamente assistida): princípios gerais

Após um debate social e político plurianual sobre a inseminação artificial, o Parlamento italiano aprovou a Lei n.º 40 de 19 de fevereiro de 2004 que aprovou «Regras sobre a procriação medicamente assistida»¹¹.

¹⁰ Pronunciando-se sobre um caso envolvendo um cidadão italiano, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Corte EDU, Parrillo v. Italia, ric. n. 46470/11, 27 agosto 2015), embora não por unanimidade (dezesseis votos a um), excluiu a violação do art. 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção e.d.u. O processo envolveu a proibição imposta pela lei italiana n. 40 de 2004 que impedia a Ms. Parrillo para doar embriões para a investigação científica obtida a partir de fertilização in vitro que não foram concebidos para implantação em vista de uma gravidez. O Tribunal, que foi nomeado pela primeira vez para se pronunciar sobre esta questão, descobriu que o artigo. 8 era aplicável, neste caso, sob o conceito de “vida privada”, porque os embriões em questão continham material genético de Ms. Parrillo e, por conseguinte, eram uma parte da sua identidade. O Tribunal considerou que a Itália tem margem de manobra («ampla margem de apreciação») sobre esta questão sensível, como confirmado pela falta de um consenso europeu sobre a questão e pelos instrumentos internacionais no campo.

A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005; Casonato, Piciocchi, Veronesi (a cura di), *Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi: Forum Biodiritto* 2008, Padova, 2009; M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, in *Corriere Giur.*, 2009, 1216 e segg.; G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Fam. Dir.*, 2009, p.761 e segg.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena di difendere”?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, p.950; A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita e sgretola l’impianto della L. n. 40/2004*, in *Giur. Cost.*, 2015, 805 ss.; I. RIVERA, *La tutela della vita e la “proprietà” dell’embrione umano. Osservazioni a margine della sentenza CEDU, Parrillo c. Italia (ric. 46470/11)*, in *DPCE online*, 4, 2015; A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all’aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, p.1457 ss.

¹¹ C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *RDIPP*, 2004, p.531 ss.; C. CASINI, *La legge sulla fecondazione artificiale. Primo passo nella giusta direzione*, Siena, 2004; L. d’AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un’occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Dir. famiglia*, 2004, p.793 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in

Esta lei tem uma profunda influência de tipo religioso: o texto original da lei 40/2004 estabeleceu fortes limitações às escolhas parentais e à descrição médica, aderindo plenamente ao Magistério da Igreja Católica, embora não represente a consciência moral da população italiana.

O artigo 1º da Lei n.º 40/2004 prevê que, «para facilitar a solução de problemas reprodutivos decorrentes da esterilidade ou infertilidade humana, se tem permitido o uso de procriação medicamente assistida, nas condições e na forma prescrita pela presente lei, que garante os direitos de todas as partes envolvidas, incluindo o concebido». E que “o uso da procriação medicamente assistida é permitido se não existirem outros métodos de tratamento eficazes para remover as causas da infertilidade ou infertilidade».

Esta regra não coincide com a forma original, que sofreu a intervenção de três acórdãos dos Tribunais de Roma e Milão¹² e de uma decisão do Tribunal Constitucional¹³.

Corriere giur., 2004, p.810 ss.; ID., *Procreazione assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati?*, in *Fam. e dir.*, 2004, p.380 ss.; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione Assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, n.6, 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corriere giur.*, 2004, 1528 ss.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione Assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; R. VILLANI, *La procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004; L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: riflessioni sulla fecondazione medicalmente assistita*, in AA.VV. *Procreazione assistita, problemi e prospettive*, Brindisi, 2005; E. PALMERINI, *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*, in *La nuova giur.civ.comm.*, n.6, 2006; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2009, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2009, p.1696 ss.; M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010; M. SEGNI, *Troppi dubbi sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 5, 2013; G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La Legge n.40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 10, 2015, p.582; R. FATTIBENE, *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

¹² Tribunale di Roma, gennaio 2014; Tribunale di Roma, febbraio 2014: com estas duas ordens, o Tribunal de Roma levanta a questão de constitucionalidade da regra que proíbe o acesso a técnicas de reprodução assistida para casais portadores de doenças genéticas, por contraste com os artigos 2.º, 3.º, 32.º e 117.º, co. 1 Const. It. e com os artigos 8.º e 14.º TEDH. Tribunale di Milano, marzo 2015: por ordem 4 de Março de 2015, o Tribunal levanta a questão de constitucionalidade da regra que proíbe o acesso a técnicas de reprodução assistida e diagnóstico genético pré-implantação a casais férteis, portadores de doenças geneticamente transmissíveis, com os artigos 2.º, 3.º, 32.º e 117.º co. 1 Const. It., com os artigos 8 e 14 TEDH.

¹³ Tribunal Constitucional italiano, junho de 2015: com julgamento 96/2015 foi declarada inconstitucional a exclusão da possibilidade de recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida para casais férteis portadores de doenças genéticas transmissíveis que satisfaçam os critérios de gravidade que permitem o acesso ao aborto terapêutico.

Recentemente, o Tribunal de Milão (ordem 4/18/17) reconheceu o direito de um casal, que sofre de uma doença transmissível grave, ao acesso à PMA com o diagnóstico genético pré-implantação do serviço nacional de saúde.

O n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 40/2004 estabelece que: «O uso de técnicas de reprodução assistida só é permitida quando for impossível remover as causas de impedimentos da procriação, e ainda é limitada aos casos de infertilidade ou infertilidade inexplicada documentados por acto médico, bem como aos casos de infertilidade ou esterilidade apurada e certificada por acto médico».

Mesmo esta regra é o resultado de um grande trabalho de juízes que tiveram que remover as proibições originariamente colocadas: em 2010, o Tribunal de Salerno, admitiu o acesso a técnicas de procriação medicamente assistida, pela primeira vez, a casais não estéreis no sentido técnico¹⁴.

Com o caso famoso *Costa Pavan v. Italia*¹⁵, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou a Itália pela proibição de acesso impostas a casais portadores de doenças geneticamente transmissíveis, por contradição com o artigo 8.º da CEDH.

Entre 2012 e 2017, alguns tribunais italianos decidiram sobre o acesso à técnica¹⁶, e até mesmo o Tribunal Constitucional italiano interveio sobre esta questão: pelo julgamento 96/2015, o Tribunal considerou inconstitucional a exclusão da possibilidade de recorrer a técnicas de reprodução assistida, por parte de casais férteis portadores de doenças genéticas transmissíveis de uma gravidade tal que permitem o acesso ao aborto terapêutico.

Sobre a proibição do uso de técnicas de procriação medicamente assistida do tipo heteróloga — presentes na formulação original da lei — o acórdão do Tribunal

¹⁴ Tribunale di Salerno, 31/01/2010.

¹⁵ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 28 agosto 2012 — Ricorso n.54270/10 — Causa Costa e Pavan c. Italia. Corte EDU, sent. 28 agosto 2012, ricorso n. 54270/10, Costa et Pavan vs. Italia, § 37.

E. Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 3, 1 ss.; C. Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *www.rivistaaic.it*, 2013, 1, p.1 ss.; C. Tripodina, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2013, 3, p.923 ss.; F. Vari, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Biodiritto*, p.1 ss.

¹⁶ O Tribunal de Cagliari (9 novembre 2012) confirmou um apelo por um par de cônjuges, portadores de uma doença genética que foi negado o acesso a técnicas de diagnóstico genético pré-implantação.

O Tribunal de Roma (gennaio e febbraio 2014), com duas ordens, levantou a questão da constitucionalidade da regra que proíbe o acesso a técnicas de reprodução assistida para casais portadores de doenças genéticas por contraste com os artigos 2, 3, 32 e 117, co. 1 Const. italiana, com referência aos artigos 8 e 14 TEDH.

O Tribunal de Milão (4 marzo 2015), levantou a questão da constitucionalidade da regra que proíbe o acesso a técnicas de reprodução assistida e diagnóstico genético pré-implantação, ppor parte de casais férteis portadores de doenças geneticamente transmissíveis com os artigos 2, 3, 32 e 117, co. 1 Const., com referência aos artigos 8 e 14 TEDH.

Finalmente, em 2017, o Tribunal de Milão reconheceu o direito de um casal com uma doença transmissível grave para acessar o PMA com PGD suportados pelo serviço nacional de saúde.

Constitucional estabeleceu a inconstitucionalidade da proibição da fertilização medicamente assistida heteróloga¹⁷.

5. Fronteiras actuais de técnicas de procriação medicamente assistida na Itália.

Após a sua entrada em vigor, a Lei n.º 40/2004 foi submetida a um referendo, e muitas decisões foram preferidas, mudando completamente a sua fisionomia. O referendo não atingiu o quorum mínimo necessário e, ao invés, o processo judicial tem sido mais e mais difícil, incluindo intervenções do Tribunal Constitucional italiano e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Como já dissemos, os três principais aspectos controversos da Lei n.º 40/2004, que, em diferentes momentos, foram a um controlo jurisdicional pelos juízes europeus e constitucionais foram:

- Implantação de três embriões para a mãe em uma única intervenção, obrigatória e contemporânea, com proibição de que o médico fizesse qualquer avaliação sobre o impacto desta intervenção sobre a saúde da aspirante mãe;
- A proibição de diagnóstico genético pré-implantação para os pais portadores de doenças genéticas¹⁸;
- Fertilização heteróloga.

No que respeita ao primeiro ponto, a Lei n.º 40/2004 violou a auto-determinação das mulheres em termos de protecção da saúde e de decisão de se tornar uma mãe, exigindo a implantação de três embriões para criar uma gravidez. Por outro lado, esta lei não permite que os médicos possam proceder a uma pré avaliação das condições de saúde de cada mãe potencial, de acordo com a sua experiência e estado de arte médica.

O Tribunal Constitucional italiano veio a declarar inconstitucional a implantação obrigatória de três embriões, por violação do artigo 3.º da Constituição, que afirma o princípio da igualdade e o princípio da razoabilidade, por entender que a Lei n.º 40/2004 estabelecia o mesmo tratamento para situações diferentes¹⁹.

A doutrina italiana dividiu-se com reações opostas: alguns afirmaram que essa decisão restaurava a protecção da aspirante mãe, outros que teria permitido a morte de embriões,

¹⁷ C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.it (17 giugno 2014); A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it (11 giugno 2014); A. MUSUMECI, "La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, luglio 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2014; M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in www.confronticostituzionali.it (17 giugno 2014).

¹⁸ A. VALLINI, *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p.1407 ss.; id., *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012, p.289 ss.; id., *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Il corr.giur.*, 4, 2013, p.431.

¹⁹ Corte cost., 8 maggio 2009, n.151.

esquecendo que um embrião é um ser humano, embora não seja um ser humano completamente formado, como o próprio Tribunal constitucional explicou num julgamento em 2003 que limita a discricionariedade legislativa no domínio da investigação científica e da arte médica²⁰.

O segundo ponto está relacionado com o diagnóstico genético antes da implantação. Esta técnica de diagnóstico permite identificar os defeitos que podem causar doenças genéticas na estrutura celular de blastómeros, com base no isolamento de embriões.

É fortemente contestada pelos seguidores da doutrina da inviolabilidade do embrião, por causa de dúvidas sobre a moralidade da intervenção médica com material embrionário humano, mesmo que esteja orientada para o cuidado do próprio embrião. Na verdade, de acordo com este ponto de vista, o embrião pode ser definido como um projecto de pessoa que tenha o potencial para se tornar um ser humano, desde o momento da formação do zigoto, pelo que o embrião deve ser capaz de ter o mesmo nível global de protecção atribuído às mesmas pessoas²¹.

O artigo 1.º da Lei assegura ao “concebido” os mesmos direitos de todas as partes envolvidas na procriação medicamente assistida, ainda que estudiosos e tribunais têm declarado que esta disposição é meramente declaratória. Quanto a esta proibição de acesso a esta ferramenta de diagnóstico para casais inférteis portadores de doenças genéticas graves, o ponto de viragem veio do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com o caso *Costa e Pavan* já referido.

Quanto à divisão entre a verdade biológica e legal, o profundo apego às tradições é desafiado pela tecnologia e suas realizações. Nesta perspectiva, a proibição da fertilização heteróloga foi removida do Tribunal Constitucional italiano. O Tribunal considerou que a proibição prejudicava a liberdade de auto-determinação dos pais, tanto do ponto de vista físico, como do ponto de vista económico, com vantagem para os casais que podem ter acesso a tais técnicas no exterior.

O Tribunal considerou também que esse interesse seria prevalecente sobre o direito da criança à sua identidade genética.

²⁰ Corte cost., 14 novembre 2003, n.338. O Tribunal Constitucional (n.84/2016) declarou a inadmissibilidade da questão da constitucionalidade da proibição do uso de embriões excedentários para fins de pesquisa.

²¹ A. SCALERA, *La nozione di embrione umano all'esame della Corte UE*, in *Fam. e dir.*, 3, 2012; E. FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Il corr. giur.*, 2, 2013; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p.1123; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *La nuova giur.civ.comm.*, 3, 2015; A. POMIATO, *Diagnosi preimpianto e tutela dell'embrione: un equilibrio ancora precario*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, p.236; D. TETTAMANZI, *Bambini fabbricati. Fertilizzazione in vitro, embryo transfer*, Milano, 1985, p.80; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p.109; A. VALLINI, *Gli ultimi fantasmi della legge'40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p.74, in nota a Corte cost., 11.11.2015, n. 229; F. D. BUSNELLI, *Nascere (o anche "morire") — con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *La nuova giur.civ.comm.*, 3, 2017.

Mais recentemente, um tribunal²² decidiu que, no caso de crianças nascidas fora do casamento, e, como resultado de uma fecundação heteróloga, a terceira parte não pode desafiar o *status* da criança através de uma ação de negação, de acordo com uma interpretação combinada do artigo n.º 9.º da Lei 40/2004, do julgamento constitucional nº 162/2014, e do artigo 263.º do código Civil, que regula a ação de negação.

Então o que resta da Lei 40/2004, depois de tantas intervenções da jurisprudência nacional e comunitária?

Todo o trabalho de doutrina e jurisprudência — que durou mais de 15 anos — com a contribuição do TEDH — como um quarto nível de jurisdição, especialmente em relação aos direitos fundamentais — desenvolveu um novo direito de reprodução assistida que se desvia da lei original.

6.A regra do consentimento informado

O consentimento livre e esclarecido, como parte da Carta de Nice, é especificamente reconhecido como expressão do direito à integridade da pessoa humana que deve ser protegido no campo da medicina e da biologia (art. 3, n. 2).

A existência da obrigação de médicos de informar o paciente tem sido objeto de atenção de juízes, ao longo dos tempos.

De acordo com a definição do Tribunal Constitucional, o consentimento informado, entendido como expressão da adesão consciente ao tratamento de saúde proposto pelo médico, é direito da pessoa e está enraizado nos princípios estabelecidos no artigo 2.º Constituição italiana, que protege e promove os direitos fundamentais, e em artigos 13.º e 32.º da Constituição, que determinam, respectivamente, que a liberdade pessoal é inviolável e que ninguém pode ser forçado a um tratamento médico específico, a menos que exigido por lei²³.

Na verdade, o que é importante é que o paciente, por causa da falta de informação, não se coloque em uma posição de concordância com o tratamento médico sem uma vontade consciente das suas implicações: isso poderia resultar, para o paciente, em uma ofensa contra a dignidade susceptível de ser afectada em momentos cruciais de sofrimento, físico e mental²⁴.

²² Tribunale di Appello di Milano, 10 agosto 2015.

²³ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438 in www.plurisonline.it

²⁴ P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Fam. e dir.*, 1, 2007; P. FABRIS, *Tutela della maternità o tutela del mercato?*, in *Il lavoro nella giur.*, 11, 2008; G. FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. e dir.*, 11, 2009; P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Il corr.giur.*, 1, 2013; B. CHECCHINI, *Una singolare fase della maternità: tra il parto e l'atto di nascita*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2, 2013; F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 7-8, 2013; C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giur.comm.*, 12, 2014; A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Il corr.giur.*, 4, 2015.

A falta de informação aumenta, então, pela violação do dever do médico de informar, nos termos dos princípios gerais da responsabilidade civil.

O artigo 6.º da Lei n.º 40/2004 estabelece que «(...)antes da aplicação e em cada etapa da aplicação de técnicas de procriação medicamente assistida, o médico informa de modo detalhado as pessoas sobre os problemas de bioética e os possíveis efeitos colaterais de saúde e psicológicos da aplicação das técnicas, as chances de sucesso e os riscos delas decorrentes, bem como sobre as consequências legais para a mulher, para o homem e os não-nascidos”.

A regra específica ainda que «a informação sobre o grau de capacidade de invasão das técnicas contra mulheres e homem tem de ser fornecida para cada uma das técnicas aplicadas e de uma forma que garante a formação de uma vontade consciente e conscientemente expressa».

A vontade de ambas as pessoas de acesso a técnicas de reprodução assistida «é expressa, por escrito», em conjunto com o médico responsável, de acordo com os procedimentos definidos por decreto pelos ministérios da Justiça e da Saúde, «num prazo de três meses a contar da data de entrada em vigor da presente lei». Entre a manifestação da vontade e da aplicação técnica deve decorrer um prazo não inferior a sete dias. A vontade pode ser revogada por cada uma das pessoas, até ao momento da fertilização.

7.O princípio de auto-determinação nas escolhas reprodutivas

Sobre a questão da saúde reprodutiva das mulheres, o parâmetro inevitável é o princípio de auto-determinação, entendido como a capacidade de decidir com consciência e maturidade do seu próprio destino em termos de saúde e escolhas reprodutivas.

Portanto, os limites para a auto-determinação, especialmente nos casos de proibição absoluta, devem ser adequada e razoavelmente justificados pela incapacidade de proteger de outra forma interesses de igual valor. O legislador tem a tarefa de alcançar um equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo, o Tribunal Constitucional tem a tarefa de verificar o equilíbrio a satisfazer os critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, entendendo que “estes limites (...) não podem incluir uma proibição absoluta (...) a menos que este seja o único meio de proteger outros interesses constitucionais “, como expresso pelo Tribunal constitucional italiano²⁵.

Esta decisão do Tribunal Constitucional é muito importante, porque pertence à categoria das medidas destinadas a destacar o direito do legislador a não interferir — ainda que indirectamente — nas decisões relativas à procriação.

O princípio de que a decisão de ter um filho, fazendo uso de técnicas de reprodução assistida, reside no âmbito da auto-determinação do indivíduo, já tinha sido expresso, de forma muito clara, também do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que incluiu o

²⁵ Corte cost., 10 giugno 2014, n.162. A Corte considerou que a proibição completa removida nela lei 40/04 produziu «uma lesão das liberdades fundamentais do casal de formar uma família com filhos, sem o seu conteúdo é justificada pela necessidade de proteger o nascido, que devem ser consideradas adequadamente protegido».

direito de ter crianças — mesmo recorrendo a técnicas de procriação medicamente assistida — no escopo técnico de protecção do artigo 8.º da CEDH para garantir o respeito pela vida privada e familiar²⁶.

O debate centrou-se sobre os limites dentro dos quais os Estados-Membros podem fazer o equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses públicos, de acordo com os parâmetros identificados no segundo parágrafo do referido artigo 8.º da CEDH²⁷.

Essa avaliação envolve uma consideração do poder discricionário do Estado na regulação da matéria, cuja variabilidade depende do acordo existente no domínio da legislação europeia e a proporcionalidade entre a lei e a protecção dos valores opostos sacrificados, num equilíbrio que precisa ser feito à luz do que seria razoável em uma sociedade democrática.

Noutras ocasiões, o Tribunal Europeu incluiu o direito de ter filhos no âmbito do artigo 12.º da CEDH, que não só reconhece o direito ao casamento, mas também a começar uma família. Por direito de ter uma família deve entender-se o direito de ter filhos: as escolhas reprodutivas são, portanto, sujeitas a uma protecção especial.

Os direitos a constituir família e ao respeito pela vida privada obriga a os legisladores nacionais a dar um passo atrás: como o Tribunal Europeu diz, somente uma razão superior, — como expressão de interesses da pessoa — pode justificar o sacrifício de escolhas individuais.

Em comparação com esta aproximação gradual das decisões relativas à família, sexualidade, reprodução e auto-determinação, a Lei n.º 40/2004 implementa uma reviravolta abrupta.

Na perspectiva e intenção do legislador italiano, a protecção do nascituro justificava o sacrifício de prerrogativas individuais²⁸. Mas depois de um longo processo legal, o Tribunal Constitucional — em 2014 — afirmou que a liberdade e auto-determinação integra os princípios fundamentais que podem ser limitados a condições muito específicas. Tais limites, «mesmo se inspirados por considerações e convicções éticas, embora dignos de atenção, não podem consistir numa proibição total, a menos que este seja o único meio de proteger outros interesses constitucionais».

Isso significa rejeitar a ideia de que a protecção da criança pode ser alcançada com uma proibição sem saída, em vez de uma disciplina que equilibra os direitos de todas as partes interessadas.

²⁶ Bartole-De Sena-Zagrebelsky, *sub art. 8, Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p.336; P. HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, in Ead., *Diritto al nome*, p.8; D. CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, in *Giur. it.*, 2, 2017, p.307.

²⁷ M. G. PUTATURO, *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in www.europeanrights.eu/public/commenti/Commento_Putaturo.pdf

²⁸ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p.314; G. ZAGRABELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p.9 ss.; L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in *Dem. dir.*, 1993, p.55; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995, p.67 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995.

8. A saúde sexual na política pública de saúde.

Deve ser enfatizada a questão da formação em dois sentidos: a formação técnica para lidar questões da sexualidade e reprodução, e a formação da consciência de cidadania que implica reconhecer o/a outro/a como cidadão/ã. Há nesse campo um desafio específico no plano cultural/ideológico que é o de romper com o conservadorismo e o preconceito que não só discriminam socialmente, mas afetam a saúde física e mental das pessoas.

O preconceito não pode fazer parte da relação entre os profissionais da saúde e os/as usuários/as dos serviços. Se e quando isso acontece ocorrem dois graves problemas. Em primeiro lugar, a pessoa vítima do preconceito vai ter um prejuízo para sua saúde física e mental. Em segundo, sem ordem de prioridade, tal situação consubstancia uma violação dos direitos humanos, sem os quais não existe a realização da cidadania. Ao longo da história recente, os tabus e os preconceitos sobre a vida sexual e reprodutiva, têm constituído um impedimento para uma atenção integral de qualidade nestes campos. Tornar a prática preventiva uma rotina que leve de facto à preservação e à promoção da saúde, invertendo o quadro atual de saúde da população, é um desafio que exige uma estratégia de educação para a saúde voltada para a qualificação dos profissionais e também como parte da atenção à saúde prestada à população em geral.

A OMS declara que «a saúde reprodutiva aborda os processos, as funções e os sistemas de reprodução em todas as fases da vida. [Ela] implica, por conseguinte, que as pessoas sejam capazes de ter uma vida sexual responsável, satisfatória e segura e que disponham da capacidade de se reproduzir e a liberdade de decidir se, quando e quantas vezes querem fazê-lo». Implícito nesta definição está o direito de os homens e as mulheres serem informados e terem acesso a métodos seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de regulação da fertilidade, correspondentes às suas escolhas, bem como o direito de acesso a serviços de saúde adequados, que permitam que as mulheres tenham uma gravidez e um parto em segurança e que proporcionem aos casais a melhor oportunidade de terem um bebé saudável».

Já a saúde sexual é definida como «um estado de bem-estar físico, emocional, mental e social relativo à sexualidade; não se trata apenas da ausência de doenças, disfunções ou enfermidades. A saúde sexual requer uma abordagem positiva e respeitadora da sexualidade e das relações sexuais, bem como a possibilidade de ter experiências sexuais satisfatórias e seguras, livres de coação, discriminação e violência. Para que a saúde sexual seja alcançada e mantida, os direitos sexuais de todas as pessoas têm de ser respeitados, protegidos e acatados».

9. Algumas considerações finais

A saúde sexual e reprodutiva é salvaguardada por direitos sexuais e reprodutivos. Tal como reconhece o artigo 96.º da Plataforma de Ação de Pequim (1995), esses direitos baseiam-se nos direitos humanos à igualdade e à dignidade.

Os direitos sexuais e reprodutivos, incluindo o direito a cuidados de saúde maternos e ao planeamento familiar, abarcam liberdades e prerrogativas ligadas a muitos dos direitos

civis, políticos, económicos, sociais e culturais já instituídos. Embora não intermutáveis, os direitos reprodutivos constituem um aspeto dos direitos sexuais, da mesma forma que os direitos sexuais são parte integrante dos direitos reprodutivos.

A relação do Direito com sexualidade e reprodução é relativamente recente nos debates académicos e nos foros políticos, e pouco presente nas conversas onde prevalece o senso comum, onde predominam os tabus sobre tais questões. Podemos encontrar abundante bibliografia sobre saúde sexual e reprodutiva, assim como sobre questões relativas ao planeamento familiar, mas principalmente quando estão ligadas à problemática demográfica. No entanto, as questões de direito nessa área só se perfilam como um debate a partir da segunda metade do século XX.

Para o exercício efetivo desses direitos, torna-se necessário uma transformação da lógica na qual está baseada o sentido das leis que dizem respeito ao exercício da reprodução e das relações amorosas e sexuais. Uma transformação que vai no sentido de deslocar o princípio lógico da prescrição e controle, para o princípio da ética e da liberdade.

Políticas públicas dirigidas a esses direitos devem estar voltadas para a justiça social, e para isso, elas têm de ser formuladas e executadas levando em conta as desigualdades de género, de classe, de raça e de expressão sexual. A transformação de mentalidade é um processo incontornável para vivência desses direitos. Chego mesmo a afirmar que os direitos sexuais e os direitos reprodutivos trazem consigo a prerrogativa da construção de um novo imaginário social sobre os temas que versam.

A demanda por políticas sociais na área da saúde constitui um campo de ação estratégico para os sujeitos que defendem os direitos reprodutivos e sexuais.

A relação entre saúde e direitos reprodutivos e sexuais leva-nos a pensar sobre essa relação com base nas necessidades geradas pela vivência reprodutiva e pelo exercício da sexualidade. Dito de outra maneira, a reprodução e a sexualidade devem constar como áreas específicas da política geral de saúde pública. Gravidez, parto, puerpério, aleitamento materno, concepção, contraceção, aborto, doenças sexualmente transmissíveis e violência sexual são questões cruciais que hoje se colocam nas políticas de saúde. Isso significa que o poder público deve assegurar nestes campos os meios de promover bem-estar, de prevenir a morbi-mortalidade e de assegurar tratamentos e curas necessários. Esse bem-estar diz respeito ao estado de saúde física e mental.

Uma política pública de saúde comprometida com a promoção integral dos direitos reprodutivos e sexuais representará uma conquista política para democracia. Fortalecerá o processo de democratização da sociedade, contribuindo para superar suas heranças autoritárias, patriarcais e homofóbicas. Contribuirá também, para alterar os limites impostos pelo Estado à vida privada e assim contribuirá para uma cidadania que se estende à vida quotidiana.

O tema dos direitos sociais na Europa é visto hoje, especialmente no enquadramento dos efeitos da crise financeira e das restrições orçamentais impostas pela União Económica e Monetária, em seguida traduzido pelos sistemas nacionais de regras legais.

As políticas de ajuste fiscal implementadas pelos governos europeus são susceptíveis de inverter o papel e a função dos direitos sociais, reduzindo o seu valor como direitos fun-

damentais de proteção individual para adquirir um significado diferente de parâmetros macroeconómicos do equilíbrio financeiro entre os Estados.

O Estado que está em déficit comercial, para comprimir a demanda interna e reduzir o déficit comercial, contendo ao mesmo tempo o gasto público, vai cortar esses benefícios mesmo no momento de maior necessidade para os seus cidadãos.

Um direito à saúde “financeiramente afetado”, restringido pelos limitados recursos financeiros que podem ser alocados anualmente ao sector da saúde, é uma realidade. E comprime a inviolabilidade do direito à saúde e a direitos reprodutivos, limitando o exercício e o escopo. Reiteramos o nosso grito de dor e o pedido de compromisso dos Estados, especialmente para as gerações vindouras.

ISBN 978-989746154-5



9

789897

461545