

## Pelos trilhos da(s) lei(s) da procriação medicamente assistida: desconstrução e análise crítica<sup>1</sup>

HUGO CUNHA LANÇA \*

**Resumo:** Neste texto, propomo-nos realizar uma viagem desconstrutivista pela lei da procriação medicamente assistida, abordando quatro tópicos que acreditamos exigirem uma análise crítica: (i) averiguar se a ciência não se pretende substituir ao *Criador*; (ii) analisar a dimensão ética e jurídica do dador heterólogo; (iii) examinar a querela da inseminação *post mortem*; (iv) dissecar o neoregime da maternidade de substituição. Neste texto [como em quase tudo o que assinamos] colocamos algumas questões sem estarmos obcecados com as respostas, assumindo o risco de pensar criticamente, num tempo em que muitos têm tantas certezas absolutas, cientes que a temática da procriação medicamente assistida obriga-nos a uma reflexão, ponderação e reponderação de princípios, interesses e valores que não se compadecem com maniqueísmos, nem com fundamentalismos.

**Palavras-chave:** procriação medicamente assistida; consentimento.

---

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 15, pp. 311-347.

\* Professor do Instituto Politécnico de Beja e do ISMAT; Investigador Doutorado Integrado no CEAD.

<sup>1</sup> Este texto corresponde à nossa participação na Aula Aberta sobre Procriação Medicamente Assistida, realizada no âmbito do Doutoramento em Direito da Lusófona, em parceria com o CEAD, no dia 20 de janeiro de 2022.

**Summary:** In this text we propose to carry out a journey through the law of medically assisted procreation, approaching four topics that we believe require a critical analysis: (i) to find out if science is not intended to replace the Creator; (ii) analyze the ethical and legal dimension of the heterologous donor; (iii) examine the post-mortem insemination dispute; (iv) dissect the surrogate motherhood legal regime. In this text [as in almost everything we sign] we ask some questions without being obsessed with the answers, taking the risk of thinking critically, at a time when so many have so many absolute certainties, aware that the issue of medically assisted procreation forces us to a reflection, consideration and rebalancing of interests, values and principles that are not compatible with Manichaeism or fundamentalism.

**Keywords:** medically assisted procreation; consent.

## 1. Introdução

Vivemos numa sociedade de “multidões solitárias”,<sup>2</sup> subjugados a uma “cultura de repressão de emoções”,<sup>3</sup> onde se “vive uma grave crise de afectos”,<sup>4</sup> em que sentimos a desesperada vontade de amar e ser amados (e porque é estranho abraçarmo-nos a um amigo, um pai, um tio, um avô para expressar o nosso amor<sup>5</sup>), os filhos são os *objetos* mais simples de exteriorizar essa necessidade de carinho [até porque desejamos acreditar que as nossas crianças estão infinitamente disponíveis para receber as nossas demonstrações de afeto, sem que, em momento algum, nos questionemos sobre o que sente uma criança quando a agarramos para satisfazer a nossa necessidade de amar e a obsessão em ser amados]. Sucede que nem todos conseguimos atingir a parentalidade através da cópula sexual (ou desejamos atingi-la através do ato sexual).

<sup>2</sup> Furtamos a expressão ao excelente livro de RIESMAN, David, GLAZERE Nathan e DENNEY, Reuel. *The Lonely Crowd: a Study of the Changing American Character*. New Haven: Yale University Press, 2001.

<sup>3</sup> TISSERON, Serge. *As Crianças e a Violência nos Ecrãs: a Influência da Televisão, Cinema e Jogos de Computador nas Crianças*. Porto: Ambar, 2004, p. 91.

<sup>4</sup> DINIZ, João Seabra. *Família Lugar dos Afectos*. In: LEANDRO, Armando e LÚCIO, Álvaro Laborinho. *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 145.

<sup>5</sup> Usamos aqui a expressão no esplendor da sua abrangência; porque “o amor pode ser percebido na base do autoconhecimento, para falar com Sócrates; da beleza e da verdade para pensar como Platão; da amizade, para falar com Aristóteles; do conhecimento do outro, como o preconizou Nietzsche; do direito a ter direitos, para pensar com Hanna Arendt” (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias: Amor e Bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2012, p. 11).

A procriação (ou reprodução) medicamente assistida pode ser definida como “o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do acto sexual”<sup>6</sup> e está (estava?) intimamente conexas com a infertilidade,<sup>7</sup> com a dor intraduzível da incapacidade de cumprir uma das mais naturais ambições do ser humano, sumptuosamente retratada pelo pincel sofrido de Frida KAHLO [cujas obras tanto contribuíram para retirar a temática da invisibilidade], sendo que, atualmente, os avanços da ciência médica tornaram possível caminhar por trilhos antes ignorados que, mais uma vez, permitiram ao Homem derrotar a natureza.

Dessarte, a história da procriação medicamente assistida tem um nome e uma data: Louise Brown, nascida a 25 de Julho de 1978. Depois de um longo calvário de 9 anos em que Lesley e John Brown, um casal de Bristol (Inglaterra) não conseguiram conceber naturalmente (Lesley tinha obstrução bilateral das tubas uterinas), o fisiologista Robert Edwards (Prémio Nobel da Medicina em 2010) fertilizou, com o esperma de John, o ócito coletado, tendo assim sido gerado o primeiro “bebé-proveta” para espanto e deleite da comunidade científica (não sem severas críticas, mormente dos grupos religiosos).<sup>8</sup> Em Portugal, corria o ano de 1986 (no dia 25 de março), nasceu *Carlos Saleiro*, fruto de uma parceria entre a *Unidade de FIV do Hospital de Santa Maria* e o *Laboratório de Biologia Molecular do Instituto Gulbenkian de Ciência*, tendo *António Pereira Coelho* sido o médico responsável.<sup>9</sup>

Nos quarenta e cinco anos que nos afastam dessa memorável data, as técnicas de procriação medicamente assistida permitiram realizar o sonho da parentalidade a milhares de pessoas, representando, antes da pandemia, 3,5% dos nasci-

<sup>6</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, p. 233.

<sup>7</sup> Que devemos interpretar amplamente, como refere RAPOSO, Vera Lúcia. *Direitos Reprodutivos: homossexualidade, celibato, parentalidade*. In: *Família, consciência, secularismo e religião*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 75. Nesse sentido, o conceito foi reconstruído e hoje deve entender-se como “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).

<sup>8</sup> Sobre o caso, vide KAMEL, Remah Moustafa Kamel. *Assisted Reproductive Technology after the Birth of Louise Brown*. *Journal of Reproduction & Infertility*, 2013 (jul-set), n.º 14 (3), pp. 96–109.

<sup>9</sup> Enfatize-se que, ao tempo, apenas pouco mais de 200 crianças haviam nascido em todo o mundo através desta técnica, conforme *Primeiro bebé-proveta nasceu em Portugal há 25 anos*. *Jornal Expresso*. Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/primeiro-bebe-proveta-portugues-nasceu-ha-25-anos=f634119> [consult. 25 de novembro de 21].

mentos em Portugal,<sup>10</sup> sendo, assumimo-lo sem ambiguidade no preâmbulo, um avanço civilizacional.<sup>11</sup> Especialmente se recordarmos que Portugal é um dos países com menores taxas de natalidade e um dos mais envelhecidos do mundo.

Mas, a banalização destas práticas não deve ofuscar o investigador: como nos recorda Vergílio Ferreira, “posso olhar o mar e não reparar nele, porque já o vi [mas] nunca reparaste que há certas coisas que nós já vimos muitas vezes e que de vez em quando é como se fosse a primeira”,<sup>12</sup> e as recentes alterações à lei da procriação medicamente assistida exigem-nos que olhemos a legislação como se fosse a primeira vez.

## 2. As técnicas de procriação medicamente assistida

Numa breve análise perfunctória à lei pátria<sup>13</sup> (com nove redações em década e meia, a que se acumulam decisões de inconstitucionalidade em sede de fiscalização preventiva, o que só por si é prova provada da complexidade jurídica do regime), constata-se que a mesma visa regulamentar as técnicas de procriação medicamente assistida que, coevamente,<sup>14</sup> são: i) a inseminação artificial (IA); ii) a fertilização in vitro (FIV); iii) a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI); iv) a transferência de Embriões Criopreservados (TEC); e v) a gestação de substituição (que recorre a outras técnicas).

Não obstante o teor literal da norma legal, as técnicas de procriação medicamente assistida não são (nem nunca foram) tão-somente *um método subsidiário, e não alternativo, de procriação*, em situações de infertilidade, porquanto *ab*

<sup>10</sup> Conforme, SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, p. 43. O número é ainda mais impressionante tendo por premissa os imensos constrangimentos, a múltiplos níveis (e as longas listas de espera), que existem na norma legal e na sociedade para a prossecução de projetos de parentalidade com recurso a técnicas de PMA.

<sup>11</sup> Que entrou na cultura popular urbana através da ficção, como recordam COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 10 (2012), p. 238.

<sup>12</sup> FERREIRA, Vergílio. *Uma esplanada sobre o mar*. Parque EXPO 98: Lisboa, 1996, pp. 15-16.

<sup>13</sup> Nas palavras de Oliveira ASCENSÃO, “uma lei ambiciosa e algo desordenada” que “extrapola” a sua finalidade (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*. ROA. Lisboa. a.67, n. 3, p. 978).

<sup>14</sup> Optámos, em detrimento da tipologia prevista na norma legal, pela sua atualidade, por utilizar o elenco proposto pelo Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida, disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/tecnicas-de-pma.aspx> [consult. 21 de abril de 22].

*initio* também se aplicaram *para tratamento*<sup>15</sup> *de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*<sup>16</sup> (art. 4.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (LPMA)<sup>17</sup>), sendo que, atualmente, são passíveis de serem utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Dessarte, *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* (art. 6.º).

Da exegese da norma, resulta a primeira perplexidade, *in casu*, a perentória exclusão dos homens que não estejam incluídos numa relação heterossexual, o que, no mínimo, suscita questões constitucionais, mormente a violação do primado da igualdade.<sup>18</sup> O que, como já deixámos escrito, nos deixa a incómoda sensação que o legislador optou por redigir uma norma inconstitucional para transferir para o Tribunal Constitucional o ónus de permitir o que Parlamento aparentemente quis proibir.

No que concerne aos beneficiários,<sup>19</sup> o legislador optou por não estabelecer limites etários máximos<sup>20</sup>, pelo que, alegadamente, qualquer pessoa com mais

<sup>15</sup> A expressão é assertivamente criticada por ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*. ROA. Lisboa. a.67, n. 3, p. 978. Dessarte, “não se supera a situação de doença de um genitor”!

<sup>16</sup> Cujá conformidade com o texto constitucional foi expressamente declarado no Ac. do Tribunal Constitucional 101/2009, 3 de Março de 2009 (tendo por relator Carlos Fernandes Cadilha).

<sup>17</sup> N.A.: sempre que neste texto existirem referências legislativas sem invocação da fonte referimo-nos à lei da procriação medicamente assistida.

<sup>18</sup> Como nós, GUIMARÃES, Maria Raquel. *A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 110) e PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*. Julgar Online, Janeiro 2017, p. 9.

<sup>19</sup> A fluidez do conceito leva a que alguns autores considerem que “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” (GUIMARÃES, Maria Raquel. *A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 121).

<sup>20</sup> O que se justificaria, conforme sublinha o Tribunal Constitucional, porquanto “é incontroverso que o recurso à PMA em idade avançada comporta riscos tanto para a

de 18 anos poderá recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida. Mas, porque *é nos detalhes que o Diabo se esconde*, o acesso ao SNS é vedado a mulheres com mais de 40 anos para a FIV/ICSI e 42 anos se for para inseminação e/ou indução de ovulação (contrariamente aos centros privados, em que o limite de idade são 50 anos). Ao que acresce um ensurdecido silêncio sobre os limites etários para a gestação de substituição e doação de gâmetas.

Entendeu ainda o legislador punir criminalmente (art. 34.º e ss.) aqueles que violarem as disposições que regulam os casos, excepcionais, em que é possível recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida, ciente que estamos perante uma indústria milionária que se alimenta do sofrimento daqueles a quem a parentalidade foi negada [e outros que a desejam sem passar pelos incómodos de uma gestação ou os caprichos de ter um(a) parceiro(a)], bem como os perenes riscos de exploração da fragilidade emocional e económica dos intervenientes no processo, cuidado que se regista e saúda. Também por isso, exige-se uma análise crítica à norma posta, tendo por premissa quatro questões controvertidas, num convite à reflexão daqueles que nos dão a honra de ser nossos leitores.

### 3. A ciência a substituir-se ao Criador?

Esclarecendo *ab initio* que usamos a expressão *Criador* como metáfora [até porque o agnosticismo confesso do autor destas linhas não permite uma interpretação pia] para esmiuçar a dimensão ética de a ciência<sup>21</sup> permitir desbravar caminhos que há poucos anos apenas existiam na ficção científica, porquanto o “desaparecimento de limites naturais à acção humana [...] exige a destrição entre o tecnicamente possível e o humanamente desejável”.<sup>22</sup>

Tendo por premissa a reflexão anterior, avisadamente, o legislador declarou proscrita a *clonagem reprodutiva tendo como objetivo criar seres humanos*

---

futura mãe como para a criança que venha a nascer, o que tem permitido lançar o debate sobre a conveniência do estabelecimento de um limite legal de idade para a utilização da procriação medicamente assistida” (Ac. do Tribunal Constitucional 101/2009, 3 de Março de 2009 (tendo por relator Carlos Fernandes Cadilha), embora o TC se pronuncie que “a ausência de indicação de um limite máximo de idade para sujeição às técnicas de PMA não ofende qualquer dos valores constitucionalmente tutelados”.

<sup>21</sup> Embora sem ignorar que “a verdade científica avança na incerteza, sem unanimidade, por acumulação e rupturas do conhecimento; o debate, a controvérsia e a correcção de erros e de enganos são a rotina, a normalidade” (SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, p. 15).

<sup>22</sup> NETO, Luísa. *A revisão do conceito de “ordem pública”? Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação dos sujeitos consigo mesmo*. Scientia Iuridica, Braga. N.º 326 (2001), p. 331.

*geneticamente idênticos a outros* (n.º 1, do art. 7.º), bem como proibiu que as técnicas de PMA [possam] ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo (n.º 2, do mesmo artigo) e o recurso a estas técnicas para originarem quimeras ou híbridos (n.º 4).

Com efeito, desde que, em 22 de fevereiro de 1997, o mundo tomou conhecimento que, em 5 de julho do ano anterior, uma equipa de investigadores do Instituto Roslin, na Escócia, havia clonado a ovelha Dolly, que a utopia distópica da clonagem humana subsiste abscondido na mente dos cientistas,<sup>23</sup> pelo que saúda-se a precaução do legislador,<sup>24</sup> porquanto, parece-nos axiomático, a trágica dimensão axiológica da problemática [magistralmente tratada na obra prima de Kazuo Ishiguro, *Nunca me deixes*<sup>25</sup>] torna-a eticamente insuportável.

No que concerne à manipulação genética com o intuito de melhorar determinadas características do nascituro e a consequente ambição eugénica e o transumanismo, a proibição do legislador, *s.m.o.*, não é assim tao categórica, inobstante a sua pretensa proibição legal e cominação penal (art. 7.º conjugado com o art. 37.º).

Enfatize-se que o tema extravasou o *bas-fond* erudito dos laboratórios e chegou ao *mainstream*, em 2009, quando o instituto norte-americano *Fertility Institute* prometeu aos casais permitir escolher determinadas características físicas do bebé, tais como a cor dos olhos e do cabelo, pelo recurso ao diagnóstico genético pré-implantação (GDPI)<sup>26</sup> há muito utilizado para combater doenças graves, como a hemofilia,<sup>27</sup> que é transmitida pela mãe exclusivamente a crianças do sexo masculino.

<sup>23</sup> Embora o entusiasmo científico foi atenuado na sequência do envelhecimento precoce e das patologias que afetaram a ovelha Dolly.

<sup>24</sup> Contestada por Oliveira ASCENSÃO, que interpreta o disposto na al.) d. do n.º 4, do art. 9.º com uma linguagem arrevezada que permite, sem fazer barulho, a clonagem no ordem jurídica portuguesa (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*. ROA. Lisboa. a.67, n. 3, p. 978, p. 994).

<sup>25</sup> Também poderíamos ter trazido à colação, *inter alia*, *O futuro da natureza humana*, de Jürgen Habermas e o *Nosso futuro pós-humano*, de Francis Fukuyama.

<sup>26</sup> Que “não é em si mesmo uma técnica de procriação medicamente assistida: destina-se a selecionar os embriões que serão implantados no útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA” (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 3.ª Ed. Lisboa, AAFDL, p. 236).

<sup>27</sup> A notícia correu o mundo, não sendo Portugal exceção. Assim, Clínica prometia bebés “a la carte”, Diário de Notícias, disponível em: <https://www.dn.pt/arquivo/2009/clinica-prometia-bebes-a-la-carte-mas-recuou-1173645.html> [consult. 20 de dezembro de 21].

Sendo certo que a norma posta lusitana apenas admite a escolha do sexo nos casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a deteção direta por diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave (n.º 3), há registos na imprensa de portugueses que rumaram aos EUA para adquirirem o “bebé perfeito”.<sup>28</sup>

*Brevitatis causa* [até porque o tema substanciava uma dissertação], limitamo-nos a enfatizar o óbvio, ou seja que a *caixa de Pandora* foi aberta e que, concomitantemente com pais que recorrem ao DGPI para gerar filhos imunes às suas patologias hereditárias [aproximadamente vinte casos por ano em Portugal, de acordo com os dados da CNPMA], outros há que recorrem a estas técnicas por razões fúteis [os olhos azuis são os preferidos], como existem registos de experiências na China em que se recorre a esta técnica para gerar [produzir?] crianças com QI mais elevado, pelo que o Jurista, que se revê nas premissas de Ulpiano, não pode ignorar as consequências éticas destas práticas.

É ainda sob esta tónica que se exige uma referência breve aos bebés-medicamentos<sup>29</sup> [ou bebé-salvador, como eufemisticamente também são designados], que entraram na cultura popular urbana através do magistral *My Sister's Keeper*, dirigido por *Nick Cassavetes*, baseado no romance homónimo de *Jodi Picoult* [e nos remetem sempre para os bebés enfrascados do *Admirável Mundo Novo* de *Aldous Huxley*]. Aqueles, aprioristicamente, podem ser definidos como uma criança nascida [fabricada?] através da manipulação genética com o objetivo de transferir para o útero materno os embriões que possuam uma determinada característica genética que será ulteriormente utilizada, através do material biológico da criança que vier a nascer com uma finalidade terapêutica, mormente, permitir salvar a vida ou melhorar o estado de saúde de uma outra pessoa,<sup>30</sup> ou, para trazer à colação a ciência, “é uma técnica de reprodução assistida, por meio da qual existe a seleção de embriões saudáveis e histocompatíveis com irmãos mais velhos, que portadores de doenças hereditárias de maior

<sup>28</sup> *Filhos mais que perfeitos*, Expresso, disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2017-11-25-Filhos-mais-que-perfeitos-1>. [consultado em 21 de dez. de 21].

<sup>29</sup> Cujas primeiras notícias datam de agosto de 2000, com o nascimento de Adam, por decisão dos pais com o objetivo de propiciar a cura da irmã Molly. Refira-se que Adam resultou de uma seleção de células de embriões clonados a partir de células não doentes da sua irmã, conforme NETO, Luísa. *O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 87.

<sup>30</sup> Conforme, Ac. do Tribunal Constitucional 101/2009, 3 de Março de 2009 (tendo por relator Carlos Fernandes Cadilha).

gravidade, dependem não apenas do transplante de células-tronco, mas que sejam 100% compatíveis com o seu biótipo”.<sup>31</sup>

Sublinhe-se que, em Portugal, em 2015, a CNPMA aprovou o primeiro procedimento e que a prática tem sido replicada desde esse momento com o beneplácito do Tribunal Constitucional que considera que “dentro do regime jurídico definido pela lei, a alegada «instrumentalização» do embrião mostra-se assim justificada pela prevalência de outros valores constitucionalmente tutelados, também eles de natureza eminentemente pessoal, o que desde logo exclui que o controlo genético do embrião possa ser considerado como lesivo do princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>32</sup> O que não pode aceitar-se acriticamente. Desarte, se temos empatia [no sentido positivo do termo, porque a empatia também se manifesta pela negativa] pelo sofrimento dos pais, se entendemos o axioma de fazer tudo o que é possível para salvar a vida de um filho, se nos comove e choca a morte de um ser humano [trágica em qualquer idade, mas ainda mais traumática nos verdes anos], não podemos mimetizar *Pilatos* e ignorar que o bebê-medicamente também é um ser humano e ignorar o primado da dignidade da pessoa humana, que exige que nenhum ser humano seja um meio, um mero instrumento, mas sempre um fim em si mesmo. Como apontam os críticos, uma criança tem o direito inalienável de nascer pelo que é e não como um comprimido para permitir a outra(s) criança(s) viver.

É insofismável que, ainda que esta criança venha a ser profusamente amada, *ela não nasce como um fim mas como um meio*, o que não pode deixar o investigador desinquieto. Até porque urge convocar a questão fundamental do consentimento, i. e., inquirir quem tem legitimidade para consentir para uma intervenção médica numa criança saudável, com o desiderato de salvar uma outra criança, parecendo-nos inequívoco que o conflito de interesses dos pais inquina irremediavelmente a sua capacidade para consentir.

Convocámos o tema porque importa enfatizar que “as pesquisas indicam que apenas 25% dos bebês medicamentos que nascem, tem resultado positivo para atuar no tratamento do irmão (irmã) e, quando as expectativas forem bem-sucedidas, esta criança deverá passar por tratamentos hormonais de crescimento acelerado, fazer uso de medicamentos especiais e ter constante vigilância médica”,<sup>33</sup> o que joga para o lixo o primado do superior interesse daquela criança.

<sup>31</sup> GUTIERREZ, Flávia e GONÇALVES, Juliana. *Bebê-medicamente e a Bioética*. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Coimbra. Ano 7 (2021), p. 607.

<sup>32</sup> Ac. do Tribunal Constitucional 101/2009, 3 de Março de 2009 (tendo por relator Carlos Fernandes Cadilha).

<sup>33</sup> GUTIERREZ, Flávia e GONÇALVES, Juliana. *Bebê-medicamente e a Bioética*. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Coimbra. Ano 7 (2021), pp. 608/609.

Por fim, ainda que não abordemos a temática porque foge do objeto desta reflexão, deixamos expressa a nossa preocupação sobre a investigação científica com recurso a embriões<sup>34</sup> (prevista e regulada na norma legal, porquanto, se não ignoramos que a experimentação em embriões traz importantes benefícios no campo terapêutico, nomeadamente no estudo das células estaminais embrionárias, que podem contribuir para o conhecimento das causas e tratamentos de doença, também não podemos escamotear que colide com princípios éticos fundamentais) e qual o destino dos embriões excedentários (um verdadeiro nó górdio): efetivamente, vinte e cinco séculos após Protágoras ter proclamado que *o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são*, a tribo dos juristas ainda está longe de chegar a um acordo sobre o que é um Homem, mormente sobre o momento<sup>35</sup> em que a vida humana é protegida pelo Direito, pelo que, pelo menos, deve questionar-se se o princípio ético da precaução não deve ser convocado.

#### 4. O dador heterólogo.

A questão da licitude do recurso a um dador heterólogo<sup>36</sup> está prevista e regulada na norma posta<sup>37</sup> [embora, também neste caso não se deva absorver sem

<sup>34</sup> Já suscita, em Portugal, nos anos 80; assim, OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da Procriação Medicamente Assistida*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. Ano 49 (dez. 1989), pp. 780 e ss.

<sup>35</sup> Mormente a questão do embrião, abordada por MELO, Helena Pereira. *O embrião gerado in vitro é um sujeito de Direito?* Humanística e Teologia, n.º 18 (1997), pp. 313-340. Sobre a questão de aferir se o embrião goza da proteção decorrente do princípio da dignidade humana, vide CROCIE, Benedita Mac. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 55-62.

<sup>36</sup> Dadores que aparecem sobretudo e quase exclusivamente nos centros privados, que era onde, *grosso modo*, já havia a esmagadora maioria de dadores anónimos – o banco público de gâmetas nunca funcionou bem por razões várias e lamentáveis, o que consagra um *statu quo* de enormes injustiças” (SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, p. 44).

<sup>37</sup> Ainda que não sem vozes críticas, mormente aqueles que alegam que “ela implica uma quebra de unidade procriativa do casal, uma interferência de terceiro, do dador, patente na existência da própria criança, que acabaria por destruir a relação do casal”, como nos recorda PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 3.ª Ed. Lisboa, AAFDL, p. 252. Ainda no sentido crítico, vide CAMPOS, Diogo Leite de. *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 66 (2006). Vol. III, pp. 1017-1033.

crítica o axioma pessoiano de que *primeiro se estranha e depois entranha*,<sup>38</sup> porquanto, como Sêneca nos ensinou, *nihil ergo magis praestandum est quam ne pecorum ruti sequamar antecedentium gregem*<sup>39</sup>] com enorme latitude, estabelecendo-se que pode *recorrer-se a ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gametas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gametas* (art. 10.º). Sublinhe-se, no entanto, que este deverá ser interpretado como um processo subsidiário, face aos processos homólogos. Acresce que a Lei proíbe expressamente *a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA* (art. 18.º).<sup>40</sup>

Tendo a cultura ocidental por centralidade uma criança nascida por Dador heterólogo, a possibilidade de recorrer aos elementos genéticos de terceiros para concretizar um projeto parental é hoje assumida como uma realidade insofismável, quiçá uma “dádiva mais oblativa que a que contém componente erótica”.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> São lapidares as palavras de Daniel Serrão (Declaração de voto, Parecer n.º 44, da CNECV): o uso de gametas estranhos ao casal “torna eticamente ilegítima e profissionalmente desajustada a intervenção médica, constituindo-se como uma obstinação terapêutica indesejável e, de facto, cria mais problemas, a vários níveis, do que os que pretende resolver e não trata medicamente num “casal estável” definido, a esterilidade de que esse casal sofre e para a qual procura tratamento médico”.

No que concerne ao Direito comparado, recorda-nos o Tribunal Constitucional que “no que se refere à doação de ovócitos ela é proibida por outros ordenamentos, para além do italiano, como o ordenamento alemão [Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - EschGo), de 13 de Dezembro de 1990, § 1 (1) 1], sendo a mesma solução seguida noutros países como a Áustria, a Suíça ou a Noruega (cfr. Replies by the member states to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on the right to know about their origin for children born after MAP (2005), Steering Committee of Bioethics, do Conselho da Europa, citado), proibição que tem sido justificada fundamentalmente por razões ligadas à não dissociação da maternidade e ao risco de favorecimento, através da dádiva de ovócitos, de gravidezes tardias (Ac. do Tribunal Constitucional 101/2009, 3 de Março de 2009 (tendo por relator Carlos Fernandes Cadilha).

<sup>39</sup> NA: a nada se deve prestar mais atenção do que não seguir como ovelhas o rebanho de quem nos precede.

<sup>40</sup> O que, amiúde, se tem considerado um irrealismo ou ingenuidade do legislador; assim, *inter alia*, ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*. ROA. Lisboa. a.67, n. 3, PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, p. 254.

<sup>41</sup> CARDOSO, Augusto Lopes. *Procriação Humana Assistida: alguns aspectos jurídicos*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 51 (1991), p. 10.

Da estrita perspectiva jurídica a mais premente questão era determinar qual a situação dos dadores em relação à criança, tendo a opção legislativa consistido no dogma de que os *dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer*.<sup>42</sup> O que introduz uma superação do biologismo e um corte epistemológico que, com *maxima data venia*, nem sempre tem sido devidamente mesurado. Com efeito, o legislador separa o conceito de progenitores (pais genéticos) do conceito de pais (aqueles que consentiram no recurso às técnicas da procriação medicamente assistida para concretizar o projeto parental e criar a criança), o que é de suma importância num tempo em que as famílias se formam pelos *teus, pelos meus e pelos nossos* e a parentalidade afetiva não pode continuar a ser sumptuosamente ignorada. Porque é de parentalidade que falamos, ainda que não tenha por sustentáculo a biologia.

Mas, porque o mundo não pula e avança pelas mãos do legislador, a proclamação de que os dadores não são progenitores da criança não significam que na realidade não o sejam. Destarte, se o ser humano também é cultura, não deixa de ser a soma dos materiais genéticos que o constituem, pelo que a biologia não pode ser (nem é) ignorada.

Refira-se que o recurso a bancos de esperma e a dádiva de ovócitos, consubstancia-se na existência de filhos de pai ou mãe biológicos não identificados, o que contraria a jurisprudência constitucional que reconhece a existência do direito fundamental ao conhecimento genético (e ao reconhecimento da parentalidade, na medida em que esta representa uma referência essencial da pessoa), o que, só por si, deverá suscitar a curiosidade do investigador.

Enfatize-se que o direito ao conhecimento da origem genética é um primado com dimensão constitucional sumptuosamente ignorado pelo legislador originário<sup>43</sup> da norma que dispunha que *as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador* (art. 15.º da redação originária). Pelo exposto, aclama-se a intervenção do Tribunal Constitucional que, no Ac. n.º 225/2018, de 7 de maio, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, *das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obri-*

<sup>42</sup> O que expressamente contradiz o famoso Assento de 1938, do STJ, que considerava o interesse do filho “de pertencer ao pai cujo é”, recordado por OLIVEIRA, Guilherme de. *O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza*. *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10 (jul./dez. 2008). Coimbra, p. 6.

<sup>43</sup> Que ignorou o parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, nas palavras de Oliveira ASCENSÃO, porque os interesses da milionária indústria da liberalização “falaram mais alto na Assembleia da República, levando à impressionante inversão da posição unânime do CNECV”.

*gação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º.*

Consequentemente, a Lei n.º 48/2019, de 8 de julho, alterou o regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, permitindo às pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões obter, junto dos competentes serviços de saúde, informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador.<sup>44</sup>

Solucionada a querela do conhecimento da origem genética, novas aporias surgem no horizonte. Desde logo, no que concerne à recolha de ovócitos, são conhecidos casos de morte de mulheres por hiperestimulação ovária (SHO), pelo que a sua compatibilidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção de Oviedo deve ser mesurada.

No caso específico da inseminação artificial, porque é permitido o recurso ao *sémen de um dador quando não puder obter-se a gravidez de outra forma* (art. 19.º) não sendo o dador de sémen *havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela* (art. 21.º), suscita-se a questão de *quem é o pai da criança?*

No caso da mulher casada ou em união de facto, se vier a *resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo, sendo que o estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da insemi-*

<sup>44</sup> Refira-se que a norma consagra um regime excecional, que poderá ser derogado pelos que de forma expressa autorizem o levantamento do anonimato, para: *a) os embriões resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até cinco anos após a entrada em vigor da presente lei; b) os gâmetas resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até três anos após a entrada em vigor da presente lei; c) as dádivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de maio de 2018* (art. 3.º da Lei supra referida).

*nação para que o consentimento foi prestado* (art. 20.º, que nada replica do que já estava previsto no n.º 3 do art. 1839.º, do Código Civil).

Diferentemente, porque é lícito a uma mulher sozinha recorrer às técnicas de PMA, legalizou-se a existência de filhos sem pai, cuja dimensão axiológica não pode ser escamoteada,<sup>45</sup> mormente cogitar se o projeto de maternidade independente (porque a projeto de paternidade independente está vedado), o legítimo direito de uma mulher querer ser mãe, não colide com o superior interesse da criança de nascer numa família de biparentalidade, independentemente do género.

Uma nova dificuldade relaciona-se com a licitude de revogar este consentimento, sobre o qual dispõe o art. 14.º, estatuinto que *o consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA*.

No caso da procriação heteróloga em que a beneficiária é casada (ou vive em união de facto), resulta do estatuído no art. 20.º que, *se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo*. Consentimento que, segundo o Supremo Tribunal de Justiça, pode ser presumido na circunstância de a “autora [ter] recorrido à procriação medicamente assistida

---

<sup>45</sup> Criticamente, alega-se que se abriram as portas do ordenamento jurídico português para os filhos de pai incógnito, conforme sublinha PEREIRA, André Dias. *Filhos de Pai Anónimo no século XXI. In: Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 41-54. Iguualmente incisiva, Rute Teixeira PEDRO questiona “como se pode aceitar este resultado - crianças, necessariamente, só com a parentalidade estabelecida quanto a um progenitor - nos tempos em que vivemos: em que, por um lado, se reconhece um relevo acrescido ao conhecimento das origens genéticas, à historicidade pessoal e em que, por outro lado, em homenagem aos direitos fundamentais da integridade pessoal, do livre desenvolvimento da personalidade e da constituição da família, mercedores de proteção constitucional segundo os artigos 25.º, 26.º e 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, e da tutela oferecida genericamente à personalidade à luz do artigo 70 do Código Civil, o legislador e o julgador vão desembaraçando de peias temporais o direito a estabelecer ou a impugnar os vínculos de filiação” (PEDRO, Rute Teixeira. *Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 162-163).

enquanto ainda estava casada com o recorrido e sem procurar obter o consentimento deste (contrariando a regra da biparentalidade constante do art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006) e tendo este, após a reconciliação do casal, acompanhado a gravidez, o nascimento e os primeiros meses de vida da criança, a registado como filha e a tratado como tal, é de concluir que, apesar de não ter sido prestado um consentimento nos termos expostos em II, houve uma real e efectiva adesão do recorrido à decisão da recorrente e a correspondente aceitação por parte desta, sendo, pois, realmente inaceitável que se pretenda pôr termo ao vínculo entretanto criado entre aquele e a criança”.<sup>46</sup>

Ainda mais complexo será o caso de o dador ser cônjuge (ou unido de facto) da beneficiária e, durante o processo, pretender revogar o consentimento, como no caso do Sr. Evans que revogou o consentimento dado para o armazenamento e utilização dos embriões alegando que já não pretendia ser progenitor genético dos filhos da ex-companheira. A questão (tanto quanto sabemos) ainda não foi suscitada em Portugal, mas, no caso *sub judice*, o TEDH, não obstante mostrar grande simpatia pela situação da Sra. Evans, “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”.<sup>47</sup>

##### 5. A inseminação *post mortem*.

A procriação para além da morte suscita questões éticas (e jurídicas<sup>48</sup>) que não podem ser menosprezadas:<sup>49</sup> se, pela natureza das coisas, sempre nasceram crianças cujo progenitor havia falecido durante a gestação, do que tratamos é da possibilidade de um morto procriar.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Ac. Do STJ de 6 de novembro de 2018 (Pinto de Almeida).

<sup>47</sup> Conforme LEÃO, Anabela Costa. *O Contributo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. *Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”*. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 23 e ss.

<sup>48</sup> Nesse sentido, recordamos as objeções de ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*. ROA. Lisboa. a.67, n. 3, p. 983.

<sup>49</sup> Mormente questionar se “a programação consciente da vinda de um filho que nascerá já órfão de pai representa uma secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos progenitores” (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 217, em diálogo com Eloy AZEVEDO).

<sup>50</sup> Bem como, de uma morta reproduzir, como sublinham GODINHO, Inês e COUTO, Diana. *O admirável mundo da(s) mãe(s) incubadoras(s): nem a morte (n)os separa*. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP 2 12 (2019), pp. 158-167.

É certo que, ao permitir o dador heterólogo, já era possível que, aquando da inseminação, este tivesse falecido, mas, como diz o adágio brasileiro, *uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa e quando as duas coisas se encontram, nem sempre dá boa coisa*: *in casu*, em debate está a axiologia de procriar uma criança cujo pai está morto, condenando-a, previamente à fecundação, à orfanidade.

Na versão originária da lei da procriação medicamente assistida, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não era lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido (ainda que este houvesse consentido), devendo o sémen deste ser destruído.

No entanto, era, excecionalmente, *lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão* (art. 22.º), num regime que gerava “perplexibilidade”.<sup>51</sup>

Atualmente, a Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro [que infelizmente pode denominar-se por Lei Ângela], veio permitir o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos.

Assim, com a lei coeva, é lícito, após a morte do marido ou do unido de facto, proceder à transferência de embrião e realizar uma inseminação com sémen da pessoa falecida, quando este haja sido recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação.

Para aferir do consentimento para a inseminação *post mortem* exige-se que este tenha sido reduzido a escrito ou registado em videograma, após prestação de informação ao dador quanto às suas consequências jurídicas. Refira-se ainda, sendo esta a razão pela qual é legítimo atribuir um *nome próprio* ao novo regime legal, a existência de uma norma transitória que permite a inseminação *post mortem* com sémen do marido ou do unido de facto a situações anteriores à entrada em vigor da presente lei, desde que se verifique um projeto parental claramente consentido e estabelecido, de forma livre e esclarecida quanto a todos os seus efeitos, sendo a ausência dos documentos ora exigidos suprida por quaisquer *meios de prova que demonstrem a existência de consentimento documento escrito do dador, registo em videograma da declaração do dador ou*

---

<sup>51</sup> O adjetivo pertence a CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*. 2.ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2011.

*declaração sob compromisso de honra do médico que acompanhou o processo que confirme a existência desse consentimento.*

Também neste caso a opção legislativa não pode aceitar-se acriticamente, desde logo porque concomitantemente com as mulheres que pretendem realizar um projeto comum de parentalidade movidas pelo desejo da imortalidade do marido ou unido de facto falecido (ou obter consolo ou evitar a solidão) coexistem aquelas cuja vontade de engravidar do *de cujus* pode ser motivada pela ganância económica, sendo o filho um meio de mediamente *beber* da herança.

Mais do que isso, porque não somos hobbesianos e tendemos a acreditar que o ser humano é moderadamente bondoso, acreditamos que as mulheres que pretendem engravidar do falecido o fazem por generosas razões, não podemos deixar de questionar se condenar uma criança à orfandade no momento da sua conceção é compaginável com o seu superior interesse, que, ainda que no momento do início do processo seja um nascituro não concebido, os seus legítimos interesses futuros não podem ser escamoteados nem retirados da equação.

## **6. A maternidade de substituição.**

Também no que concerne à maternidade de substituição assistiu-se a uma evolução [involução?] legislativa<sup>52</sup>, desde logo na etimologia, sendo hoje o procedimento designado por gestação de substituição. O que não é inocente, porque as palavras têm significado e têm significante sendo que, no caso *sub judice*, a subjetivação procura dissimular que a gestante também é mãe da criança.<sup>53</sup>

Quando realizamos a hermenêutica histórica do segmento normativo agora em análise, constatamos que, de um estágio em que eram nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição, com a absurda cominação de que a mulher que suportasse uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer [ainda que os beneficiários da gestação fossem os pais genéticos], contrariando o bom senso, o sistema jurídico,<sup>54</sup> o preceituado na Convenção

<sup>52</sup> Refira-se que o primeiro caso de gestação de substituição ocorreu em 1985. Sobre o tema, *vide And Baby Makes Four: for the First Time a Surrogate Bears a Child Genetically Not Her Own*, People, disponível em: <https://people.com/archive/and-baby-makes-four-for-the-first-time-a-surrogate-bears-a-child-genetically-not-her-own-vol-27-no-18/> [consult. 28 de dez. 21].

<sup>53</sup> Para uma crítica ainda mais assertiva (acintosa?), *vide* Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre a procriação medicamente assistida.

<sup>54</sup> Com efeito, a opção contradizia expressamente o disposto para a procriação heteróloga.

sobre os Direitos das Crianças<sup>55</sup> e a tutela do superior interesse da criança,<sup>56</sup> para um estádio em que o ordenamento jurídico permite os negócios jurídicos de gestação de substituição.<sup>57</sup>

Ciente do melindre do procedimento e dos valores axiológicos que o norteiam,<sup>58</sup> o legislador procurou circunscrever esta prática a casos muito excepcionais, com requisitos restritos, nomeadamente:

- estes negócios apenas podem ser celebrados a título gratuito [afastando-se o estigma das barrigas de aluguer, o que não deixa de suscitar quesitos, mormente, qual o princípio jurídico que legitima a gratuidade da prática<sup>59</sup> mas torna obsceno o pagamento de um preço<sup>60</sup>];
- exigem autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que deverá ser precedida de audição da Ordem dos Médicos;
- apenas é possível recorrer a este procedimento em casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem (sendo que, a parte final, é passível de permitir extravasar as motivações que estiveram subjacentes ao pensamento legislativo);
- exige-se que sejam utilizados os gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários;
- proíbe-se que a gestante de substituição, em caso algum, possa ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante [mais do que isso, a progenitora genética é sumptuosamente ignorada na legislação coeva, existindo um corte epistemológico entre os genes e a maternidade];

<sup>55</sup> Como nós, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 10 (2012), p. 246.

<sup>56</sup> Como nós, o Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre a procriação medicamente assistida (em março de 2012), cujo relator foi Miguel Oliveira Silva.

<sup>57</sup> O que nos poderá colocar a questão da licitude dos contratos de gestação fora da procriação medicamente assistida, suscitada por OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da Procriação Medicamente Assistida*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. Ano 49 (dez. 1989), pp. 787 e ss.

<sup>58</sup> Uma boa súmula das questões que a gestação de substituição coloca pode ser encontrada em COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 10 (2012), p. 239.

<sup>59</sup> E, não deixa de ser peculiar, que as atividades para as quais se sugere a generosidade e gratuidade seja atividades femininas, como enfatiza PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*. Julgar Online, Janeiro 2017, p. 3, em diálogo com Lori Andrews).

<sup>60</sup> Sendo que, mesmo na doutrina lusitana, não faltam as vozes que defendem a disposição onerosa do útero para terceiros, v.g., RAPOSO, Vera Lúcia. *De Mãe para Mãe: Questões legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 67.

- os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.

Para garantir o cumprimento deste quesitos, por exemplo no que concerne à gratuidade, é proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança (com exceção do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes), sendo o negócio proscrito quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas. Acresce que a celebração destes negócios jurídicos é reduzida a escrito [para deixar cristalino para as partes que estão a assumir uma obrigação jurídica<sup>61</sup>] e supervisionado pelo *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Semelhantemente, PEDRO, Rute Teixeira. *Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 164.

<sup>62</sup> Já antes afirmámos, e não alteramos a nossa posição, que somos críticos da solução de relegar para o livre arbítrio da normação privada [ainda que temperado com a exigência de supervisão pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida] a elaboração deste contrato, que pode expor as partes a obscuras e intoleráveis cláusulas draconianas. Efetivamente, não apenas faz parte do *ethos* deste contrato limitações aos direitos de personalidade da gestante (não consumir bebidas alcoólicas, cigarros, estupefacientes, não ter relações sexuais fecundas, não praticar desportos ou atividades de risco, cumprir as orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e realizar os exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez e dar relato das mesmas aos beneficiários, ter uma alimentação cuidada, restrições ao direito de circulação no último terço da gravidez, etc.), como as *disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez* (n.º 10, do art. 8.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), deviam ter sido expressamente reguladas na norma e não proteladas para o contrato.

Mas, não deixa de suscitar interessantes questões, quais as consequências do inadimplemento pela gestante das instruções médicas, mormente quando a mesma voluntariamente assume comportamentos que podem colocar em risco a saúde e integridade física do nascituro, como também sublinha COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 10 (2012), pp. 269 e ss.

Sobre o conteúdo do contrato, vide RAPOSO, Vera Lúcia Raposo. “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contratual e contratos de gestação. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 169-188.

A proibição da gestante ser concomitantemente dadora de qualquer ovócito, prática comum no direito comparado, tem por premissa impedir que a gestante seja simultaneamente mãe biológica, subjugando-a a desempenhar *apenas* o papel da gestação da criança.

Por seu turno, no que concerne ao consentimento, procura-se garanti-lo informando previamente os beneficiários, por escrito, de todos os benefícios (quais os benefícios para a gestante?) e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas, devendo estas informações constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento. Acresce que o consentimento é, alegadamente, livremente revogável.

Por fim, não apenas são nulos os negócios jurídicos de gestação de substituição que não respeitem o disposto nestes requisitos, como existe uma cominação penal para o caso de inadimplemento dos quesitos legalmente exigidos (art. 39.º).<sup>63</sup>

Tendo por premissa a declaração de inconstitucionalidade, a maternidade de substituição viveu durante anos no estranho limbo de ser admissível mas não ser possível, tendo, muito recentemente, o legislador procurado ultrapassar (contornar) as objeções do Tribunal Constitucional, através da Lei n.º 90/202, de 16 de dezembro, que ora dissecamos.

*Ab initio*, a norma limita o âmbito de aplicação a cidadãos nacionais e a estrangeiros com residência permanente em Portugal, procurando obviar ao “turismo de inseminação”, ciente de que a maternidade de substituição ainda tem caráter excecional no direito comparado o que poderia converter o país numa estranha tipologia de destino turístico.

Por outro lado, estreitam-se os requisitos legalmente exigidos para a admissibilidade da gestante de substituição que *deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe, sem prejuízo das concretas circunstâncias do caso o poderem impedir*. Se não compreendemos o advérbio nem conseguimos antever quais as circunstâncias concretas que podem fazer cair a “exigência” de uma prévia maternidade, subscrevemos a premissa: sempre entendemos que para o

---

<sup>63</sup> A criminalização destas condutas parece-nos excessiva, violando o princípio da intervenção mínima que norteia (deveria nortear) o Direito penal. Semelhantemente, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 10 (2012), p. 254 e p. 256, que convoca o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

consentimento ser razoavelmente informado e esclarecido a gestante teria obrigatoriamente de ter vivido uma prévia maternidade,<sup>64</sup> porque só assim lhe será possível fazer um razoável juízo de prognose sobre o sentido da sua vontade após o parto, mormente se mantém a determinação em abdicar da criança que gerou e da qual é mãe, ainda que não genética. Mas, se aceitamos a premissa, não ignoramos que “a experiência anterior de maternidade não invalida que cada gestação é única e irrepetível e que o modo de enfrentar as suas consequências pode, como todo o ato de liberdade, determinar uma decisão diferente da inicial, nem por isso merecedora de menor consideração”.<sup>65</sup>

Também consideramos que é um sinal positivo convocar a Ordem dos Psicólogos, cuja audição, a par da Ordem dos Médicos passa a ser obrigatória. No que concerne ao procedimento, o pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado através de formulário disponível no sítio eletrónico do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que cria o respetivo modelo, subscrito conjuntamente pelos beneficiários e pela gestante de substituição, sendo que do contrato devem constar expressamente as múltiplas cláusulas estatuídas no n.º 13, do art. 8.

Refira-se ainda que foram estatuídas duas novas normas (art. 13.º-A e art. 13.º-E), em que constam os direitos e deveres da gestante de substituição, nomeadamente: 1 — Constituem direitos da gestante de substituição, designadamente: *a) ser corretamente informada sobre as implicações médicas, psicológicas, sociais e jurídicas prováveis resultantes da celebração do contrato de gestação de substituição, nomeadamente dos riscos de potenciais complicações na gravidez; b) ver concretizada a transferência de embrião em centro de PMA devidamente autorizado; c) ser assistida em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas necessárias e adequadas ao acompanhamento da gestação resultante do cumprimento do contrato de gestação de substituição; d) ter acompanhamento psicológico antes, durante e após o parto; e) ser acompanhada e ter acesso às prescrições feitas pelo médico responsável pelo acompanhamento de doença de que venha a padecer durante a gravidez, ainda que tal possa comprometer a viabilidade da gestação. Fica ainda estatuído que a celebração, por parte da gestante de substituição, de negócios jurídicos de gestação de substituição através de contrato escrito não diminui o exer-*

<sup>64</sup> A solução legal já tinha sido prescrita pelo Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre a procriação medicamente assistida (em março de 2012), cujo relator foi Miguel Oliveira Silva que cautelosamente recomendava que a gestante fosse “uma mulher já com pelo menos um filho vivo e saudável, saudável, <35 anos, estabilidade económica (rendimento não inferior ao casal beneficiário) e profissional, sem laços afectivos anteriores com a futura mãe social (?)”.

<sup>65</sup> PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*. *Julgar Online*, Janeiro 2017, p. 2.

*cício dos direitos fundamentais legalmente conferidos à mulher grávida ou puérpera, nomeadamente os de natureza social, laboral ou de qualquer outra.*

Por seu turno, constituem deveres da gestante de substituição: a) *prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pela equipa médica responsável pela transferência do embrião e todas as outras informações que entenda serem relevantes para o êxito da técnica a que vai submeter-se;* b) *seguir todas as prescrições médicas determinadas pela equipa médica referida na alínea a);* c) *prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pelo médico responsável pelo acompanhamento da gravidez e seguir todas as prescrições médicas por este determinadas;* d) *observar os cuidados considerados normais, de acordo com as boas práticas médicas, da sua condição de grávida, incluindo no que respeita à realização de viagens em determinados meios de transporte no terceiro trimestre da gestação e ao estilo de vida a manter durante a gestação;* e) *informar os beneficiários da verificação de qualquer facto impeditivo ou modificativo do modo de cumprimento do contrato de gestação de substituição, nomeadamente qualquer alteração no seu estado de saúde que possa comprometer a viabilidade da gravidez.*

Por responder, parece-nos, fica uma questão crucial. Tendo por premissa que o legislador se refere sempre no plural aos beneficiários, tal significa que *uma mulher independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual* não pode recorrer a uma gestante de substituição, exigindo-se que seja casada ou que viva em união de facto (numa relação heterossexual)? Ou, só poderá recorrer a uma maternidade independente, tão somente *nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher*, sendo proscrito às mulheres inférteis por outras razões o recurso a esta prática que, parece axiomático, colide com o primado da igualdade?

Exposto com pinceladas largas e quiçá impressionistas o regime legal, trazemos à colação as nossas inquietações sobre o tema, o que fazemos, por honestidade intelectual, com uma declaração de princípios inicial: temos escrito as nossas sérias reservas<sup>66</sup> à maternidade de substituição<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> E, como bem recorda Raquel GUIMARÃES, neste ponto acompanhamos o movimento feminista internacional que interpreta estes negócios “com fundamento na instrumentalização que pressupõe do corpo da mulher e na exploração que potencia” (GUIMARÃES, Maria Raquel. *A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 109).

<sup>67</sup> O que fizemos em LANÇA, Hugo Cunha e CHAVES, Marianna. *Gestação de Substituição*. In: *Estudos de Direito Lusófono Comparados II*. Lisboa, CEAD, 2021, pp. 299-336.

Desde logo, podemos designar esta mulher de gestante [*ou portadoras*<sup>68</sup>], mas o vocábulo não oblitera que é esta mulher que vai gerar aquela criança com toda a complexidade física e simbólica de uma gravidez, porquanto nem os fanáticos defensores da prática podem escamotear que a importância da gestação “no processo biológico da maturação fetal, isto é, a genética não é tudo e hoje valorizam-se as trocas biológicas entre a gestante e o feto”,<sup>69</sup> pelo que é amoral ignorar a sua situação jurídica [emocional e psicológica]. Hoje nem o pragmatismo utilitário poderá ocultar que o ambiente uterino, ainda que sem alterar a sequência do DNA, tem uma influência determinante na pessoa humana, pelo que a gestante altera a expressão genética de cada embrião, sendo que o recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado, existindo uma diferente identidade (até epigenética).<sup>70</sup> Como, importa não desconsiderar, a mãe gestante não é a mesma pessoa depois da gravidez.

Quando os prosélitos da solução sufragam a licitude da gestação de substituição convocam a questão da soberania sobre o próprio corpo e o consentimento sendo este insofismavelmente o *busilis* da questão: quando a gestante suporta uma gravidez para realizar o interesse parental dos beneficiários e após o parto entrega a criança nascida tal apenas é moral e juridicamente admissível porque existiu consentimento, pelo que seria ilegítimo ao legislador e à sociedade interferir na esfera da liberdade pessoal dos contraentes. Até pelo elevado valor axiológico de permitir a uma mulher (ou a um casal) o acesso à maternidade (parentalidade), especialmente num tempo em que a degradação da taxa de natalidade é um flagelo nacional.

E não somos imunes à solidez da premissa: alude-se à autonomia da vontade, pelo que, perante o consentimento expresso, esclarecido e consciente da gestante, proibir esta prática pareceria uma inadmissível limitação à liberdade de decidir sobre si e sobre o seu corpo e a imposição de conceitos religiosos e morais que colidem com a liberdade individual. E também nós reconhecemos que "as

---

sendo que, nesta parte do texto, retomamos razões e argumentos que já deixámos escritos no passado.

<sup>68</sup> Expressão que tenta fazer um corte umbilical entre esta mulher e a criança que nasceu no seu ventre.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza. Lex Familiae* - Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, n.º 10 (jul.- dez). 2008. Coimbra, p. 14.

<sup>70</sup> Dessarte, “a grávida não se limita a “alimentar” o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o micro-ambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigénio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes (condicionando, possivelmente, futuras patologias e talvez comportamentos da pessoa que vai nascer)”, como sublinha o Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, sobre a procriação medicamente assistida.

restrições impostas pelo Estado ao exercício do direito à reprodução não podem se fundar em qualquer tipo de valoração moral, ligada a pré-juízos sobre o comportamento sexual, familiar e social da pessoa, e suas refracções na consciência moral da sociedade".<sup>71</sup>

Mas este vício desconstrutivista [ou a teimosia do autor destas linhas nas palavras de quem nos critica] exige escarpelizar o axioma. Desde logo para recordar que, se a liberdade individual<sup>72</sup> é um valor estruturante do nosso ordenamento jurídico, a *pedra* sobre a qual se erigiu o direito liberal, não a confundimos com “omnipotência da vontade”,<sup>73</sup> pelo que não obliteramos que os negócios jurídicos para serem válidos têm de passar pelo crivo da conformidade com a ordem pública<sup>74</sup> e os bons costumes (n.º 2, do art. 280.º, CC); como, somam-se os exemplos em que o legislador proíbe deliberações individuais que não interferem com terceiros (v.g., duelos, ofensas à integridade física graves, venda de órgãos, condução de motociclos sem capacete, consumo de estupefacientes, etc.), porquanto a limitação voluntária dos direitos de personalidade não é um valor absoluto (art. 81.º, CC), pelo que o consentimento da mulher deve passar pelo crivo da conformidade com os direitos fundamentais, pois que se existem limites à livre disposição do próprio corpo [porque nas nossas reflexões não obliteramos a existência de um direito a dispor do próprio corpo<sup>75</sup>], o *aluguer do útero* será, indubitavelmente, um dos casos que, no mínimo, exige uma cuidada reflexão.<sup>76</sup> Dessarte, o consentimento não pode converter-se numa “palavra mágica, que sacraliza tudo”.<sup>77</sup>

<sup>71</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. *De Mãe para Mãe: Questões legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 70/71.

<sup>72</sup> E importa recordar que “o sistema romano-germânico contém mais restrições à autonomia privada do que o sistema anglo-americano” (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 3.ª Ed. Lisboa, AAFDL, pp. 264/265).

<sup>73</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a omnipotência do sujeito*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 66 (2006). Vol. III, p. 1030.

<sup>74</sup> Não despida de ironia, tendo por escopo a alteração legislativa, afirma-se que “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 significou” (GUIMARÃES, Maria Raquel. *A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 112).

<sup>75</sup> Embora também não ignoramos as ressalvas, v.g., avocadas por CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª Ed. (Anotação ao art. 25.º). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

<sup>76</sup> Assim, o Parlamento Europeu entendeu condenar a prática de gestação 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 gestação para outrem,

Permita-se-nos a demagogia, porque a hipérbole é sempre uma boa ferramenta de retórica, e questionemos se uma pessoa mentalmente sã se quiser mutilar<sup>78</sup> devemos aceitá-lo tendo por premissa o princípio da livre disposição do corpo?<sup>79</sup> Ou, se uma qualquer pessoa decidir vender um órgão, não vital, para comprar um automóvel topo de gama (ou pagar uma operação a um filho, gesto igualmente altruísta e com dimensão axiológica positiva) podemos acenar com o manto constitucional do direito à liberdade de disposição do corpo?<sup>80</sup> Ou, se o que nos incomoda for a mercantilização da prática, devemos aceitar acriticamente que uma mãe faça a doação de um órgão vital a um filho, trocando a sua vida por a vida do seu filho?

Trazendo à colação Habermas, “a “vontade livre” de Kant já não cai do céu como uma qualidade de seres inteligíveis. A autonomia será antes uma conquista precária de existências finitas que, só tendo em vista a vulnerabilidade física

---

*que envolve a exploração reprodutiva e a utilização 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* (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 (2015/2229(INI)).

Semelhantemente, o Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, sobre a procriação medicamente assistida (em março de 2012), cujo relator foi Miguel Oliveira Silva, que afirma: “a gestação de substituição merece objecções, dúbidas ou, no mínimo, gera controvérsia relativamente a questões normalmente relacionadas com eventual mercantilização de uma área que se pretenderia imune a lógicas de mercado, exploração e instrumentalização das mulheres, comercialização e coisificação de bebês, degradação ou afectação do valor simbólico da gestação e da maternidade, para além das dificuldades em estabelecer uma regulação adequada das condições que devem enquadrar os respectivos negócios jurídicos em termos que atendam aos vários interesses em presença”

<sup>77</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*. ROA. Lisboa. a.67, n. 3, p. 978.

<sup>78</sup> Sendo que a automutilação juvenil é uma das principais ameaças coevas aos adolescentes, merecendo a preocupação dos especialistas e a específica previsão no DSM-V.

<sup>79</sup> Por todos, vide NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, *passim*.

<sup>80</sup> Num sentido não coincidente, questiona-se: “como justificar que uma mulher possa oferecer o seu corpo e a sua actuação sexual a milhares de espectadores, a troco do pagamento do preço, com fins lucrativos e para fins superficiais de entretenimento [nota: as AA referem-se à licitude da indústria da pornografia], mas já não possa dispor do seu útero, nem a título gratuito, para auxiliar terceiros na concretização dos seus essenciais projectos de vida e de parentalidade?” (COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 10 (2012), p. 267).

e dependência social, conseguem adquirir algo como a sua “força”<sup>81</sup>, pelo que não nos podemos autoacorrentar na *caverna de Platão* e recusarmo-nos realizar uma exegese crítica do conceito de consentimento.

Furtando palavras alheias para que as nossas não fiquem isoladas, o “a) consentimento [pode ser] viciado por pressão familiar (v.g. o exemplo clássico da violação marital); b) consentimento viciado pelo uso da força ou pela ameaça do uso da força (violação, coação sexual); c) consentimento viciado por circunstâncias socioeconómicas, como acontece em situações de assédio sexual no local de trabalho ou na prostituição; d) a irrelevância do consentimento em razão da posição de um dos participantes – menores, animais, pessoas com deficiência); e) a irrelevância do consentimento em função dos atos praticados”,<sup>82</sup> *inter alia*.

No caso específico da gestação de substituição, em que na maioria dos casos a gestante é parente da beneficiária, a pressão familiar não pode ser ignorada cientes que muitas vezes o consentimento é coagido emocionalmente.<sup>83</sup>

Sejamos assertivos: se a legitimidade para consentir e os receios de que o consentimento possa não ser livre nos suscita ambiguidades, o cerne das nossas inquietações é a natureza *intuito personae* do acordo entre gestante e beneficiários, a escolha *à la carte* da gestante que potencializa desvios e fraudes à lei. Não é por teimosia legislativa que no instituto da adoção não se admitem negócios privados (ainda que gratuitos e com um conjunto de garantias e cominações penais): o regime foi construído da forma como o conhecemos para impedir que o mesmo seja utilizado para a *aquisição* de crianças sob a chancela legal da adoção. Porque, genuinamente, acreditamos na generosidade e solidariedade humana não assumimos o cinismo nietzschiano de considerar que inexistem mulheres que por razões puramente altruístas estejam disponíveis para disponibilizar o seu útero para permitir a realização de um projeto parental de terceiros. Mas, com a mesma veemência que reconhecemos que existem seres humanos excepcionais, não nos peçam a ingenuidade de acreditar que todas as mulheres que suportam uma gravidez para satisfazer um projeto parental de terceiros o fazem por caridosa filantropia, ignorando os perigos de uma “comercialização

<sup>81</sup> HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 76.

<sup>82</sup> ARAÚJO, António de. *Crimes Sexuais contra Menores: entre o Direito Penal e a Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 372.

<sup>83</sup> Ainda mais assertivo que nós, Miguel Oliveira da Silva sustenta que existe “um inaceitável descaminho ético. A grávida de substituição não tinha quase nenhuma soberania, era tratada como um ser inerte, um contentor permutável, descartável, sem emoções e sem capacidade de decisão” (SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, p. 100).

encapotada”. Os dados estão disponíveis e só quem os prefere tresler ou desconsiderar é que pode ignorar a recorrente desigualdade económica e social entre beneficiários e gestante, que expõe a gestante à tentação de suportar<sup>84</sup> a gravidez para terceiros a troca de contrapartidas económicas, que as palavras da lei são impotentes para impedir.<sup>85</sup> Aliás, se bastassem as palavras do legislador, polícias, tribunais e prisões seriam obsoletos.

*Outro galo cantaria*, se o coloquialismo nos é permitido, havendo um banco público de gestantes de substituição em que a escolha da gestante fosse realizada administrativamente (ou por sorteio) inexistindo uma relação jurídica (e pessoal) entre os intervenientes da maternidade de substituição. Mas essa é uma vereda que os prosélitos do regime se recusam a trilhar por temerem os resultados.

Ao que acresce um problema maior (que tem inquinado a aplicabilidade da lei): o direito ao arrependimento. Entre a miríade de soluções possíveis (extinção com a assinatura do contrato, com a conceção ou implementação do embrião, remeter para o prazo legal da licitude para a interrupção voluntária da gravidez [o que suscita a querela da licitude de uma mulher abortar um filho que não é seu],<sup>86</sup> prolongar-se até à entrega da criança<sup>87</sup> e, *in casu*, possibilitando

<sup>84</sup> ““Suportar” é uma palavra cheia de conotações sofredoras, nada coerente com o entusiasmo legislativo” (PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*. Julgar Online, Janeiro 2017, p. 3).

<sup>85</sup> Como nós, Maria Pereira enfatiza que “não desconsidero, nem o desconforto (o farisaísmo, em certos casos) que a gratuidade transporta, nem a necessidade de adjuvar a gratuidade de um apertado mecanismo que assegure a sua identificação com despojamento de interesses materiais. Isso seria teoricamente possível criando um registo de interesses e decorrente ilegitimidade para perceber benesses materiais ou profissionais decorrentes da gestação de substituição, ainda que surjam depois da gestação e de forma encapotada; mas a verdade é que um tal registo não tem como acautelar benesses futuras” (PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*. Julgar Online, Janeiro 2017, p. 22). Como a A. sublinha, a gestação de substituição potencia o tráfico de mulheres e crianças do sexo feminino também para esse fim.

<sup>86</sup> A temática também é referida por COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 10 (2012), p. 270 e GUIMARÃES, Maria Raquel. *A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p. 119. Em outra perspetiva, também importa questionar se os beneficiários podem exigir-lhe um aborto, mormente em casos de má formação do feto.

<sup>87</sup> Posição perfilhada pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, enfatize-se.

à gestante, no final da gravidez, conservar para si a criança,<sup>88</sup> ou, protelar o prazo para seis semanas após o parto, como está disposto para a adoção no n.º 3 do art. 1982.º, do CC), o legislador optou pela falácia de estatuir que o consentimento é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA (n.º 4, do art. 14.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho<sup>89</sup>), o que não passou pelo crivo do Tribunal Constitucional, que, no já referido Ac. n.º 225/2018, de 7 de março, declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do n.º 8 do art. 8.º, em conjugação com o n.º 5 do art. 14.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários. Posição que sempre sufragámos, por entendermos que amarrar a gestante a uma deliberação assumida meses antes da gravidez, ainda que a decisão tivesse sido livre, esclarecida e devidamente informada, tendo por base um juízo de prognose de que não irá mudar de opinião, obliterando que entre ela e o feto vai estabelecer-se uma relação potencialmente afetiva que não pode ser renegada, era intolerável. Dessarte, assentar o regime legal no consentimento *ex ante* ao processo obrigando-a a entregar a criança aos beneficiários, afeta de modo intolerável os direitos de personalidade desta mulher, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> E, sublinhe-se, toda a descarga hormonal que é contemporânea do parto faz a gestante/mãe de substituição desejar ficar com a criança. Sobre a recusa, vide o caso avocado por PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., pp. 258 e ss.

<sup>89</sup> Compreendemos o pensamento legislativo: deixar ao arbítrio da vontade da gestante a decisão de interromper ou não os tratamentos ou a gravidez, permitir-lhe decidir após o parto se pretende entregar a criança aos beneficiários ou iniciar o seu próprio projeto de parentalidade, deixaria os beneficiários numa situação precária de incerteza [e, mesmo, sujeitos a fraude, por uma gestante que ora exigisse ilicitamente dinheiro para entregar a criança]. Mas, compreender um argumento não é acatá-lo acriticamente e instrumentalizar os direitos da gestante, interpretando-a como um *útero com pernas*, subjugada ao interesse, ainda que legítimo, dos beneficiários.

<sup>90</sup> Como foi, assertivamente, reconhecido pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 465/2019, que expressamente considerou: “ora, tal direito tem de ser assegurado ao longo de todas as fases em que se desdobra o processo de gestação de substituição: celebração do contrato, aplicação das técnicas de PMA, gravidez, parto e entrega da criança aos beneficiários. Consequentemente, quer a insuficiência de informação eventualmente viciante do consentimento inicial da gestante, quer a alteração posterior e imprevisível da sua vontade em razão de vicissitudes ocorridas durante a gestação ou o parto, justificam a possibilidade da ocorrência de situações não consideradas no consentimento por ela previamente prestado e, por isso mesmo, incompatíveis com a afirmação da sua personalidade. Ou seja, tendo a gestante deixado de querer continuar no processo de gestação de substituição tal como delineado no correspondente contrato, deixa também de poder entender-se que a sua participação em tal processo corresponde ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade”.

Pelos argumentos aduzidos, sempre defendemos que para que o consentimento seja verdadeiramente livre e genuíno este apenas será vinculativo após o nascimento da criança, pelo que, até à entrega da criança, deveria ser legitimamente revogar, tendo por base a axiologia constitucional.

Tendo consciência das objeções suscitadas, a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro estatui um novo regime para o direito ao arrependimento sendo que, nos casos de gestação de substituição, o consentimento é livremente revogável, por vontade da gestante, *até ao registo da criança nascida* (n.º 10, art. 8.º),<sup>91</sup> legitimando-se a gestante a recusar entregar a criança ao casal comitente após o parto,<sup>92</sup> suscitando uma nova e controversa jurídica de alto coturno porquanto ambos os beneficiários (ou, no mínimo, um deles é progenitor da criança nascida).

A querela sobre a determinação do momento até ao qual a gestante pode revogar o seu consentimento é intricada sendo, reconhecemos, incomensuravelmente mais fácil suscitar problemas do que encontrar soluções. Se aplicar o regime estatuído para a adoção era a solução mais compatível com a unidade do sistema jurídico, aguardar seis semanas após o parto para o consentimento da gestante ser juridicamente relevante deixaria o recém-nascido num inadmissível limbo, condenando-o a ser filho de ninguém por quarenta e dois dias. Por outro lado, coagir a gestante a uma decisão imediatamente após o parto era negar anos de conclusões científicas sobre a depressão pós-parto e toda a complexidade emocional e hormonal que a caracteriza.<sup>93</sup>

Ciente da aporia, o legislador procurou o ponto de Arquimedes, o meio-termo advogado por Aristóteles; infelizmente *a estrada para o inferno pavimentada de boas intenções*<sup>94</sup> e a opção, por permitir o exercício do direito ao arrependimento até ao registo da criança, recorda-nos Bocage porquanto nos parece *uma emenda seria pior que o soneto*. Dessarte, *o nascimento ocorrido em território português deve ser declarado verbalmente, dentro dos 20 dias imediatos, em qualquer conservatória do registo civil ou, se o nascimento ocorrer em unidade de saúde onde seja possível declarar o nascimento, até ao momento em que a parturiente receba alta da unidade de saúde* (art. 96.º, do Código do Registo

<sup>91</sup> Sobre o tema, *vide* as objeções que constam do Parecer n.º 111/CNECV/2020, cujas relatoras são Rita Lobo XAVIER e Ana Sofia CARVALHO.

<sup>92</sup> Subsistindo a questão de a gestante que exerceu o seu direito ao arrependimento ser obrigada a ressarcir os beneficiários, o que, dado a dimensão económica do procedimento, poderá inquirar a possibilidade de se arrepender por incapacidade financeira de indemnizar os beneficiários.

<sup>93</sup> Similarmente, a declaração de voto de André Dias PEREIRA no Parecer n.º 111/CNECV/2020, que propõe um prazo de alguns dias ou algumas semanas.

<sup>94</sup> Referimo-nos ao axioma apócrifo amiúde atribuído ao teólogo e famoso santo francês São Bernardo de Clairvaux (1090-1153).

Civil), pelo que, tanto a criança poderá ser registada como filha dos beneficiários imediatamente após o parto como estarmos vinte dias num estado de indefinição e incerteza, sem determinar a parentalidade, privando-a dos afetos hoje cientificamente reconhecidos como cruciais para o seu desenvolvimento saudável.

Por outro lado, inobstante o silêncio do legislador, importa aquilatar se o direito ao arrependimento também subsiste no caso de os beneficiários serem os progenitores genéticos, mormente se também, nesta circunstância, a gestante pode reivindicar a maternidade da criança.

Em tese, existem duas possibilidades contraditórias que se digladiam: ou os beneficiários passam a ser havidos como dadores (pelo que não têm quaisquer direitos/deveres sobre as crianças) ou permite-se-lhes reivindicar a parentalidade da criança e, em concurso com a gestante/agora mãe, regularem as responsabilidades parentais, mormente almejarem uma residência partilhada da criança, em que numa semana vive com a mãe/gestante e na outra com os pais/beneficiários.

Por fim e numa diferente perspetiva, questionamos se as mesmas premissas tecidas pelos defensores da gestação de substituição através da procriação medicamente assistida não devem aplicar-se analogicamente aos casos em que um casal realiza um contrato de gestação através da concretização de um ato sexual, como no caso de *Raquel que vendo que não dava filhos a Jacob, tendo inveja de sua irmã, disse a Jacob: Dá-me filhos, se não morro. Então se acendeu a ira de Jacob contra Raquel, e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim lhe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacob a possuiu.*<sup>95</sup>

Uma nota final: não se infira das nossas inquietações que desvalorizamos o valor axiológico de "oferecer um filho àqueles que o desejam, mas não o conseguem por si sós, [que] representa uma oferta de valor inestimável, porquanto é uma dádiva de vida".<sup>96</sup> Como, não somos insensíveis ao desejo de muitos ho-

<sup>95</sup> Como recorda Margarida PEREIRA, "a maternidade de substituição começou por ser uma filigrana da escravatura feminina – a escrava podia gerar os filhos da mulher infértil e estes eram tidos como filhos do casal porque ela, a mãe biológica, não era um ser humano, mas um objeto, no caso, um objeto reprodutivo; e ambas, ama e escrava, não passavam de pessoas humilhadas na sua condição feminina" (PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*. Julgar Online, Janeiro 2017, p. 2).

<sup>96</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 87/88. Nesse sentido,

mens e mulheres se realizarem através da parentalidade, pelo que compreendemos a sua dor, a sua mágoa e a sua frustração [na exata medida em que é possível aferir a dor do outro]. Pelo que, também nos comovemos e não somos insensíveis às histórias sofridas de quem tudo tenta para alcançar este sonho.

Como também não escamoteamos que Homens e Mulheres portugueses estão a ser constrangidos a recorrer ao “turismo de inseminação”,<sup>97</sup> correndo múltiplos riscos<sup>98</sup> para conseguir no estrangeiro o que o país lhe veda.

Mas, se *tudo isto existe, se tudo isto é triste, se tudo isto é o fado* de milhares de compatriotas nossos, não conseguimos ignorar que coexistem outros valores relevantes que devem ser mesurados. Dessarte, importa enfatizar o que muitos procuram escamotear: na maternidade de substituição, mãe só há ... três,<sup>99</sup> pelo que devemos ser cautelosos quando pretendemos elaborar uma hierarquização entre elas.

Assim, o que nos inquieta é cogitar se não estamos a obliterar a dignidade da gestante e reduzir *o eterno feminino* a uma incubadora com pernas numa intolerável *coisificação da mulher*<sup>100</sup> [ou, quiçá o Autor destas linhas esteja recluso de um pensamento misógino e permitir o aluguer do útero é um avanço civilizacional no movimento de libertação e emancipação da mulher<sup>101</sup>], porquanto a

---

subscrevemos integralmente e sem reservas o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio, quando sustenta que “a gestação de substituição tem, por isso, uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados”.

<sup>97</sup> NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição...*, cit., p. 597. Refira-se que este risco já era avocado, no final dos anos 80, por OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da Procriação Medicamente Assistida*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. Ano 49 (dez. 1989), p.790.

<sup>98</sup> Escrevo consciente que, também pela ilegalidade da prática, estamos a expor portugueses a abusos e extorsões; com efeito, e apesar de não ter conhecimento de nenhum caso que envolva portugueses, por certo que os há, nomeadamente situações em que a gestante se aproveita da fragilidade emocional do casal contratante para extorquir dinheiro sob ameaça de não lhe entregar o filho.

<sup>99</sup> Ou nenhuma, no ceticismo de ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*. ROA. Lisboa. a.67, n. 3, p. 978, p. 999).

<sup>100</sup> Recordo palavras alheias para reforçar as minhas: “de facto, a gestação e entrega de uma pessoa, a troco de dinheiro, atenta contra o valor da dignidade humana: a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objecto, ao resultado de uma actividade” (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 268).

<sup>101</sup> Dessarte, se é plausível interpretar a prostituição, pornografia e aluguer do útero como institutos de subjugação da mulher atentatórios da sua dignidade, também é possível olhar a temática sobre outro ponto de vista e considerar que permitir à mulher ser remunerada quando consente em disponibilizar o seu corpo é reconhecer-lhe o direito ao livre desen-

consciência que temos destas verdades irrefutáveis não nos faz embarcar em teses utilitário-pragmáticas [ainda que seja um utilitarismo positivo<sup>102</sup>] nem abdicar de uma dimensão ontológica do ser humano, tornado a párias do Direito os valores da moral e da ética.

Consequentemente, entre o direito legítimo de duas pessoas (ou apenas uma) alcançarem o sonho da parentalidade através da gestação de substituição e a instrumentalização da mulher que celebra negócios jurídicos sobre o seu útero, escolhemos a proteção desta.<sup>103</sup> Porque, é nossa profunda convicção, a mulher que durante nove meses gera um ser humano não é ádvēna àquela criança. Mais: quando Zeus criou a *caixa de Pandora* com a recomendação de que esta jamais fosse aberta tinha austeras razões; o nosso receio é que o legislador ao permitir a gestação de substituição tenha encarnado a curiosidade de Epimeteu e que este seja o primeiro passo para permitir as “barrigas de aluguer”, que o direito comparado há muito explica, assente em contratos onerosos com promoção de uma inaceitável exploração da miséria humana,<sup>104</sup> o que não conseguimos sufragar.<sup>105</sup> Dessarte, “depois, como sempre, fatal e inevitavelmente, será estendida a outras indicações não médicas, nuns casos tidas consensualmente como fúteis (mulheres que querem ter um filho mas não querem estar grávidas para “não estragar o corpo”), noutras como societais e de género (libertar a mulher da opressão biológica da natureza”.<sup>106</sup>

---

volvimento da sua personalidade e que as objeções legais são determinadas por tópicos morais de uma sociedade ainda machista presa a preconceito edipianos.

<sup>102</sup> Sobre o tema, KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 2.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 258 e ss.

<sup>103</sup> Em sentido divergente, alega-se que “não nos parece razoável que, admitindo-se a inseminação da mulher com sémen, ou a implantação de óvulos, doados por um total desconhecido (sendo transmitidos, com esta doação, todos os dados genéticos do dador, de forma anónima), não se permita, por outro lado, a disposição do útero de uma mulher para prosseguir a gestação de outra. Não cremos que os materiais genéticos possam ser considerados menos íntimos e pessoais do que o útero” (COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lusíada. Direito. Lisboa, n.º 10 (2012), p. 287).

<sup>104</sup> Semelhantemente, o Parlamento Europeu, na sua Resolução 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: “*Condena a prática de gestação 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 gestação para outrem, que envolve a exploração reprodutiva e a utilização 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.*”

<sup>105</sup> Em sentido contrário, ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 29-31.

<sup>106</sup> SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, p. 47.

Sem ambiguidades: a querela da gestação de substituição apenas se coloca porque o conhecimento técnico coevo ainda<sup>107</sup> não permite uma gravidez em laboratório, sendo indispensável alocar o embrião no útero para permitir o *milagre* da procriação. Por esse facto, mulheres que não conseguem gerar o seu filho [bem como outras que o podiam fazer mas não o desejam, ou homens por razões compreensíveis e por outras que merecem censura] têm a necessidade de recorrer a uma gestante de substituição para alcançar o sonho da maternidade. O que nos remete para os ensinamentos de Kant: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio. [...] No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.<sup>108</sup> Insofismavelmente, a gestante é um meio, pelo que se suscita uma questão de dignidade, inultrapassável, da nossa perspectiva.

Acresce que os avanços da ciência hoje desenharam novos horizontes: “o transplante de útero é já uma realidade cirúrgica (bem-sucedida desde 2014), tecnicamente laboriosa e delicada, e com indicações muito restritas e limitadas a mulheres sem útero ou cujo útero não permita uma gravidez evolutiva”,<sup>109</sup> o que não apenas confirma que na maternidade de substituição estamos perante uma instrumentalização (coisificação) da gestante como reafirma que existem outros meios para alcançar o sonho da parentalidade.

### Uma espécie de conclusão

Sem escamotear que nas entrelinhas das nossas inquietações surgem abscondidas as nossas interjeições ao regime legal da procriação medicamente assistida, não pretendemos que este texto seja um manifesto contra a reprodução medi-

<sup>107</sup> O advérbio é crucial. Dessarte, está hoje a ser estudada (em ovelhas) a possibilidade de um útero artificial, pelo que não é de excluir a curto prazo, como sublinha SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, p. 47.

<sup>108</sup> KANT. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

<sup>109</sup> SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, p. 46/47. Continua o A.: “há já algumas escassas dezenas de crianças nascidas com esta técnica, todas por cesariana seguida no mesmo acto operatório de histerectomia (remoção do útero transplantado onde ocorreu a gravidez), para que a mulher não tenha de continuar a tomar imunossuppressores e sofrer efeitos secundários (*Ibidem*).

camente assistida em geral e mais especificamente contra a gestação de substituição.

Como afirmámos na introdução, não investigamos obcecados com as respostas e procuramos sempre as opiniões que divergem das nossas, porque o método dialético é a nossa forma de estar na Academia (e na vida), cientes que perante a aporia é crucial despirmo-nos de fundamentalismos, lugares-comuns e preconceitos e ousarmos colocar questões, tão racionalmente quanto possível, sem cairmos no *erro de Descartes*.

Foi por isso que procurámos indagar quais os limites éticos e jurídicos para a intervenção médica nos embriões, examinámos as complexidades inerentes aos dadores heterólogo, averiguámos a dimensão axiológica da inseminação *post mortem* e o regime legal da maternidade de substituição, mesurando a tríade que a compõem.

Nunca subscrevemos o axioma *dura lex sede lex* “criado no tempo da decadência romana, quando já nada, senão o dogma e a força, poderiam sustentar os ditames”,<sup>110</sup> pelo que não nos resignamos de questionar a norma posta, de refletir criticamente sobre a mesma, tendo por premissa uma dimensão axiológica do Direito da qual não abdicamos.

Terminamos o texto cientes que uma conclusão em que nada concluímos contrasta com os cânones, mas a nossa proposta não foi evangelizar o leitor com as nossas convicções, mas, humildemente, convidá-lo a refletir sobre o tema. Porque Goethe tem razão e “a felicidade suprema do pensador é sondar o sondável e venerar em paz o insondável”.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Como nos ensinou Paulo Ferreira da CUNHA, cuja frase furtámos em CUNHA, Paulo Ferreira. *Reflexões sobre o Direito Contemporâneo*. Revista Páginas de Filosofia. São Paulo. V.1, n.1 (2009), p. 36.

<sup>111</sup> *Apud*: MAFFEI, Lamberto. *Elogio da Lentidão*. Lisboa: Edições 70, 2020, p. 17.

**Bibliografia**<sup>112</sup>

- ABREU, Laura Dutra de. *A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Vol. 11 (ago./set). (2009). Porto Alegre: Magister, pp. 93-104;
- ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999;
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 67. Vol. III (dez), pp. 977-1006;
- CAMPOS, Diogo Leite de. *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 66 (2006). Vol. III, pp. 1017-1033;
- CARDOSO, Augusto Lopes. *Procriação Humana Assistida: alguns aspectos jurídicos*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 51 (1991), pp. 5-27;
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*. 2ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2011;
- COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*. Lusíada. Direito. n.º 10 (2010), pp. 237-289;
- COUTINHO, Diana. *Um parto difícil. Da (in) constitucionalidade da gestão de substituição*. [Em linha]. Braga. Universidade do Minho. Disponível em: <https://www.direito.uminho.pt/pt/Sociedade/PublishingImages/Paginas/Atualidade-de-Juridica/Um%20parto%20dif%C3%ADcil%20-%20gest%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o.pdf> [consult. 24 fev. 21];
- CROCIE, Benedita Mac. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 55-62;
- ERICKSON, Thereza M.; ERICKSON, Megan T. *What happens to embryos when a marriage dissolves? Embryo disposition and divorce*. In: William Mitchell Law Review, vol. 35, Issue 2 (2009), pp. 469-488;

<sup>112</sup> Investigar em tempos de pandemia coloca-nos desafios extraordinários, mormente a dificuldade de aceder a fontes, dados os constrangimentos nas deslocações e no acesso a bibliotecas. Mas, como nos recorda Fernando PESSOA na sua liberdade, se Jesus Cristo, que não sabia nada de finanças, nem consta que tivesse biblioteca, mudou a nossa perceção do mundo, o investigador que apenas pode recorrer à sua biblioteca pessoal apenas poderá desculpar-se por nem todas as fontes citadas serem das mais recentes edições (ou de algumas que ficaram por citar).

- GODINHO, Inês e COUTO, Diana. *O admirável mundo da(s) mãe(s) incubadoras(s): nem a morte (n)os separa*. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP 2 12 (2019), pp. 158-167;
- GUIMARÃES, Maria Raquel. *A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 107-126;
- GUTIERREZ, Flávia e GONÇALVES, Juliana. *Bebê-medicamente e a Bioética*. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Coimbra. Ano 7 (2021), pp. 599-626;
- HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Livraria Almedina, 2006;
- KAMEL, Remah Moustafa Kamel. *Assisted Reproductive Technology after the Birth of Louise Brown*. Journal of Reproduction & Infertility, 2013 (jul-set), n.º 14 (3), pp. 96–109;
- LANÇA, Hugo Cunha e CHAVES, Marianna. *Gestação de Substituição*. In: *Estudos de Direito Lusófono Comparados II*. Lisboa: CEAD, 2021, pp. 299-336;
- MELO, Helena Pereira. *O embrião gerado in vitro é um sujeito de Direito?* Humanística e Teologia, n.º 18 (1997), pp. 313-340;
- NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- NETO, Luísa. *A revisão do conceito de “ordem pública”? Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação dos sujeitos consigo mesmo*. Scientia Iuridica, Braga. N.º 326 (2001), pp. 331-343;
- NETO, Luísa. *O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 83-91;
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Legislar sobre Procriação Assistida*. In: *Temas de Direito da Medicina*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 89-104;
- OLIVEIRA, Guilherme de. *O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza*. Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, n.º 10 – Jul. Dez. 2008. Coimbra, pp. 5-16;
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da Procriação Medicamente Assistida*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. Ano 49 (dez. 1989), pp. 767-791;
- PEDRO, Rute Teixeira. *Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida*. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO,

- Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 149-167;
- PEREIRA, André Dias. *Filhos de Pai Anónimo no século XXI. In: Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 41-54;
  - PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o desca-minho da Lei da Gestação de Substituição*. Julgar Online, Janeiro 2017, pp. 1-25;
  - PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.º Ed. Lisboa, AAFDL, 2019;
  - RAPOSO, Vera Lúcia. *Tudo o que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo do responder)*. Revista do Ministério Público. n. 149 (jan. - mar. 2017), pp. 9-51;
  - RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião In Vitro*. Coimbra: Almedina, 2014;
  - RAPOSO, Vera Lúcia. *Direitos Reprodutivos: homossexualidade, celibato, parentalidade*. In: *Família, consciência, secularismo e religião*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 61-86;
  - RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005;
  - RAPOSO, Vera Lúcia Raposo. “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contratual e contratos de gestação. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 169-188;
  - SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021.

