



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018¹

Las particularidades del contrato de gestación por sustitución en la ley portuguesa y la sentencia nº 225/2018 del Tribunal Constitucional

The new contract of gestational surrogacy in Portuguese Law under the Portuguese Constitutional Court Perspective

Les particularitats del contracte de gestació per substitució en la llei portuguesa i la sentencia nº 225/2018 del Tribunal Constitucional

MARIA RAQUEL GUIMARÃES *

* Maria Raquel Guimarães. Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Investigadora do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica e do CeDiFam) - Centro di ricerca Interuniversitario su relazioni familiari e successorie nell'Europa del Sud. E-mail: raquel@direito.up.pt.

¹ O presente estudo corresponde a uma actualização em face do Acórdão n.º 225/2018 (Processo n.º 95/17) do Tribunal Constitucional, de 24 de abril de 2018, do nosso anterior texto, "*Subitamente, no Verão Passado: A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento*", *Actas do Seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto, FDUP/CIJE, 2017, pp. 107-126, também publicado, numa primeira versão resumida, com o título "O novíssimo contrato de gestação humana no direito português", in *Autonomia della famiglia e controlli. Prime riflessioni*, Giulia Castellani, Alessandra Cordiano, Giorgia Anna Parini, Martina Vivirito Pellegrino (a cura di), Napoli, ESI, 2017, pp. 33-48.

Copyright (c) 2018 Maria Raquel Guimarães



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resumo

O Tribunal Constitucional português veio recentemente pronunciar-se no sentido da inconstitucionalidade (parcial) do regime da gestação de substituição introduzido na Lei de Procriação Medicamente Assistida em Agosto de 2016. A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, veio admitir a gestação de substituição num contexto contratual, enquanto objecto de um negócio jurídico bilateral, necessariamente gratuito, invertendo o sentido da lei que, até então, proibia a celebração de contratos de “maternidade de substituição” e os cominava com a nulidade. Pretendemos neste texto analisar o regime previsto para este contrato, à luz da posição assumida pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril de 2018.

Palavras chave: PMA; gestação de substituição; barriga de aluguer; maternidade subrogada; acórdão nº 225/2018; Lei n.º 32/2006; Lei n.º 25/2016.

Resumen

El Tribunal Constitucional portugués declaró recientemente la inconstitucionalidad (parcial) del régimen de gestación por sustitución introducido en la Ley de Reproducción Asistida en agosto de 2016. La Ley nº 25/2016, de 22 de agosto, admitió la gestación por sustitución en un contexto contractual, como objeto de un negocio jurídico bilateral, necesariamente gratuito, invirtiendo el sentido de la ley que, hasta entonces, prohibía la celebración de contratos de “maternidad por sustitución” y los declaraba nulos. En este texto se analiza de una forma crítica el régimen de este contrato, en el marco de la posición asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 225/2018, del 24 de abril de 2018.

Palabras clave: TRHA; gestación por sustitución; vientre de alquiler; maternidad subrogada; Tribunal Constitucional; sentencia nº 225/2018; Ley nº 32/2006; Ley nº 25/2016; Portugal.

Abstract

The Portuguese Constitutional Court has just declared the unconstitutionality of the main rules of the Gestational Surrogacy Act. Surrogate motherhood had been admitted in Portugal in August 2016 through formal and altruistic legally binding contracts. It is our purpose to identify the major problems raised by the Portuguese legal framework of surrogate motherhood concerning with the contract requirements and the parties consent in the light of the Constitutional Court position, assumed on Sentence no. 225/2018, of 24 April.

Keywords: gestational surrogacy; surrogate motherhood; rent-a-womb contract; Portuguese Law no. 32/2006; Portuguese Law no. 25/2016; Constitutional Court sentence no. 225/2018.

Resum

El Tribunal Constitucional portugués ha declarat recentement la inconstitucionalitat (parcial) del règim de gestació per substitució introduït en la Llei de Reproducció Assistida a l'agost de 2016. La Llei nº 25/2016, de 22 d'agost, admetia la gestació per substitució en un context contractual, com a objecte d'un negoci jurídic bilateral, necessàriament gratuït, invertint el sentit de la llei que, fins llavors, prohibia la celebració de contractes de “maternitat per substitució” i els declarava nuls. En aquest text s'analitza d'una forma crítica el règim d'aquest contracte, en el marc de la posició assumida pel Tribunal Constitucional en la sentència nº 225/2018, del 24 d'abril de 2018.

Paraules clau: gestació per substitució; ventre de lloguer; maternitat subrogada; Tribunal Constitucional; sentència nº 225/2018; Llei nº 32/2006; Llei nº 25/2016; Portugal.

1. Enquadramento da questão. A *contratualização* da gestação humana

O legislador português regulou em 2006, através da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (LPMA), a utilização de técnicas de *procriação medicamente assistida* (PMA), começando por as consagrar, numa primeira fase, como um método *subsidiário* e não alternativo de procriação, privativo das pessoas de sexo diferente casadas ou unidas de facto e proibindo a inseminação *post mortem*¹. Cominou ainda com a nulidade os negócios de “maternidade de substituição” e proibiu a compra e venda de óvulos².

Dez anos volvidos sobre a versão inicial da lei, já em Junho de 2016, o legislador veio alterar a orientação primeiramente adoptada, alargando as técnicas de procriação medicamente assistida a “*todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”³, não obstante continuar a afirmar —em simultâneo, no mesmo normativo— o seu carácter de método subsidiário e não alternativo de procriação e a manter a regra de que estas técnicas só podem utilizar-se “*mediante diagnóstico de infertilidade*” ou em caso de doença, tal como acontecia na versão original da lei⁴. Por outro lado, as técnicas de procriação medicamente assistida passaram a ser acessíveis a *todas as mulheres*, discriminando a lei como beneficiários, de uma forma algo desconexa e com sobreposições, os “*casais de mulheres*”, casadas ou vivendo em união de facto, bem como “*todas as mulheres independentemente do seu estado civil e da respectiva orientação sexual*”, para além dos “*casais de sexo diferente*”⁵, que anteriormente tinham o exclusivo da PMA.

¹ V. o artigos 4.º, 6.º e 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na sua versão inicial, anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho.

² V. os artigos 8.º e 18.º da referida Lei n.º 32/2006. Também em Espanha os contratos de maternidade de substituição foram objecto de regulamentação especial, prevendo a lei a sua nulidade: cfr. o artigo 10.1 da *Ley* 14/2006, de 26 de Maio, que regula as técnicas de reprodução humana assistida. Sobre a situação espanhola e a posição assumida pela *Dirección General de los Registros y del Notariado* quanto à inscrição da filiação decorrente da gestação de substituição (GS) realizada noutros países, v., entre outros, ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT (2016), pp. 761-785, ENCARNA SERNA MEROÑO (2016), pp. 808-814, e ALFREDO BATUECAS CALETRÍO (2015), p. 1153 ss. Para uma súmula da posição adoptada pelos diferentes países sobre a validade e requisitos da GS, bem como dos argumentos contra e a favor da sua admissibilidade, v. este último Autor, cit., pp. 1154-1157. Sobre as posições assumidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema, v. STÉPHANIE HENNETTE VAUCHEZ (2014), pp. 1-16.

³ V. artigo 4.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho.

⁴ De facto, o n.º 3 do artigo 4.º referido foi introduzido em Junho de 2016 mas mantiveram-se os n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, que afirmam o seu contrário, criando dificuldades sérias de interpretação do dispositivo.

⁵ V. o artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006.

Relativamente à “maternidade subrogada” ou “gestação de substituição” (GS), o legislador nacional veio admiti-la dois meses depois, em Agosto de 2016, num contexto *negocial*, enquanto *objecto* de um negócio jurídico bilateral, necessariamente gratuito, cuja celebração —acrescenta a lei de forma algo prosaica— “é feita através de contrato escrito”⁶. Este contrato de GS surge em Portugal como algo *radicalmente novo* no mundo negocial, atendendo à especificidade do seu *objecto*, às particularidades das prestações impostas à gestante e até à delimitação dos sujeitos com legitimidade para contratar⁷.

Os problemas colocados por este novo regime levaram à recente tomada de posição do Tribunal Constitucional português (TC), através do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril de 2018, suscitada por um pedido de fiscalização abstracta sucessiva de diversas normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. O TC declarou a inconstitucionalidade das normas que constituem o cerne do regime jurídico da GS, ainda que admitindo o contrato *qua tale*, enquanto contrato gratuito e com carácter excepcional. É nosso objectivo neste texto proceder à análise do regime jurídico do contrato de GS, tal como consagrado no artigo 8.º da LPMA, e, ao mesmo tempo, apontar as posições que foram seguidas pelo nosso e que levaram à declaração da inconstitucionalidade das normas em questão.

2. Caracterização do contrato de gestação de substituição no direito português

2.1. O tipo legal gestação de substituição

Em face do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) —na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto—, podemos dizer que o “contrato de GS” é hoje, no direito português, um contrato nominado, definido pelo legislador como “qualquer situação em que a mulher se disponha a

⁶ V. o artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

⁷ Este conjunto de alterações introduzidas pelo legislador em 2016 operou o que foi considerada “uma revolução” na configuração jurídica da relação de filiação no direito português: RUTE TEIXEIRA PEDRO² (2017), pp. 150-151.

suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”⁸.

A disciplina legal de base que a LPMA veio conferir ao contrato permite identificar a existência de um *tipo legal*, ainda que com grandes espaços “em branco” e inúmeras “zonas cinzentas”, e, deste modo, considerá-lo como uma modalidade típica do contrato de prestação de serviços⁹. São elementos essenciais do contrato de GS a obrigação de suportar uma gravidez; a obrigação de entrega da criança; a gratuidade do negócio; e a actuação da gestante *por conta* dos beneficiários.

O contrato de gestação regulado pela LPMA é um contrato obrigacional, pelo qual alguém (uma mulher) se obriga a submeter-se a uma técnica de PMA e a proporcionar à contraparte o resultado da gravidez por si suportada, sem retribuição¹⁰. Obriga-se, portanto, a um *facere*, num primeiro momento, e, posteriormente, a um *dare*, para utilizar a distinção clássica entre prestações de meios e prestações de resultado.

O contrato é, necessariamente, gratuito, proibindo a lei “qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança”, actuando, a gestante, com espírito de liberalidade, com o altruísmo próprio de quem quer proporcionar a outrem a possibilidade de ser mãe de uma criança gerada propositadamente para o efeito, não se verificando a alternativa de a beneficiária suportar ela própria a gravidez¹¹. Ao

⁸ Na realidade, o contrato aqui em estudo era já um contrato nominado desde 2006, ainda que com um *nomen iuris* distinto — “maternidade de substituição”. O legislador, na nova versão da lei, quis afastar a qualidade de *mater* da gestante, alterando por essa razão o *nomen* do contrato para “gestação de substituição”. Na versão inicial da lei, o contrato de maternidade de substituição era nominado mas nulo, sendo a gestante havida como mãe da criança que viesse a nascer, dada a ausência de efeitos jurídicos do contrato. Sobre esta alteração “terminológica”, v. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA (2017), pp. 12-14.

⁹ O contrato de GS é, desde há muito tempo, um contrato *socialmente típico*, sendo reconhecido nos seus caracteres essenciais nas diferentes sociedades, independentemente da sua consagração pelo direito, da sua validade e aceitação social. Este contrato pode, ainda assim, enquadrar uma “fenomenologia complexa”, como adverte ALESSANDRA CORDIANO (2016), pp. 741-743, consoante as partes no contrato sejam ou não fornecedoras do material genético que irá dar origem ao embrião que a gestante irá suportar. Em sentido distinto daquele assumido no texto, afirmando que o contrato de gestação “está longe de ser” um contrato típico, embora entendendo-o como um contrato de prestação de serviços, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO (2017), pp. 10, 23-24.

¹⁰ Também o TC, no Acórdão n.º 225/2018, identificou como obrigações essenciais da gestante no contrato de GS as obrigações de “submeter-se a uma técnica de PMA”, de “suportar a gravidez por conta dos beneficiários até ao fim e dar à luz a criança”, e de “entregar a criança nascida aos beneficiários”: v. II, B), B.1., n.º 8, p. 12.

¹¹ Nos termos do n.º 2 do artigo 8.º do diploma em análise, a GS tem natureza “*excepcional*”, só sendo possível “*nos casos de ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem*”. No que respeita à gratuidade do negócio, v. os n.ºs 2 e 5 do artigo 8.º.

contrário do que acontece noutros sistemas, as obrigações assumidas pela gestante não têm uma contrapartida a proporcionar pelos beneficiários da gestação, e só nessa medida é que se considerou que este acordo era admissível à luz do direito constitucional português, porque garantia a liberdade da gestante e assim salvaguardava a sua dignidade.

O contrato de GS não é, porém, um contrato unilateral puro. O contrato começa por gerar apenas obrigações para uma das partes mas havendo despesas inerentes à gravidez suportada pela gestante surgirá a obrigação de reembolso dessas mesmas despesas. Estaremos perante um contrato *bilateral imperfeito* em que não existe um nexo de corresponsabilidade entre as prestações das partes, um sinalagma, uma vez que o reembolso das referidas despesas não constitui contrapartida da actividade desenvolvida pela gestante, pelo que não serão aqui aplicáveis os institutos próprios dos contratos sinalagmáticos, nomeadamente a excepção de não cumprimento.

O contrato de gestação regulado pela LPMA é ainda um contrato formal, exigindo a lei a sua celebração através de documento escrito e exigindo também a inclusão no documento de um conteúdo mínimo cuja omissão é cominada com a nulidade do contrato. Diz o n.º 10 do artigo 8.º, que o contrato deve conter as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez. A lei delimita também o conteúdo do contrato pela negativa, assinalando, por outro lado, o que o contrato “*não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade*”¹². Pretendeu o legislador salvaguardar a liberdade da gestante, obviando à introdução de cláusulas contratuais que ponham em causa, nomeadamente, o seu direito à liberdade física, psicológica, sexual. O TC não considerou, porém, estes cuidados suficientes, como assinalaremos no texto.

2.2. As partes no contrato

O contrato de GS surgiu, no nosso direito, como um contrato “de mulheres”, paradoxalmente assumido em Portugal como uma reivindicação (um “direito a procriar”, como defendem alguns¹³)

¹² Cfr. o n.º 11 do artigo 8.º da LPMA. Sobre este ponto, v., *infra*, n.ºs 3 e 4.

¹³ O TC considerou que “a gestação de substituição tem (...) uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa, nomeadamente, o direito de constituir família e o direito de procriar”. Porém, este direito de procriar não integra “um direito subjetivo a toda e qualquer forma de procriação assistida”, conforme especificou este Tribunal, acrescentando que “insista-se, nada disto implica a aceitação de um direito fundamental à procriação por via da

de mulheres, quando em outras paragens é criticado pelos movimentos feministas com fundamento na instrumentalização que pressupõe do corpo da mulher e na exploração que potencia¹⁴. De acordo com o TC, porém, a GS, “com o perfil traçado pelo legislador português, ou seja, enquanto modo de procriação excecional, consentido autonomamente pelos interessados e acordado entre os mesmos por via de contrato gratuito previamente autorizado por uma entidade administrativa, *só por si*, não viola a dignidade da gestante nem da criança nascida em consequência de tal procedimento nem, tão-pouco, o dever do Estado de proteção da infância”¹⁵. Entendeu este Tribunal que a necessária gratuidade do contrato traduz uma garantia da liberdade da actuação da gestante e da sua autonomia e que a sua participação no projecto parental dos beneficiários é “co-constitutiva” e expressão de *solidariedade activa*, “não podendo deixar de ser vista como exercício da *liberdade de exteriorização da personalidade* ou liberdade de ação de acordo com o projeto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias (...) que é indissociável (...) [da] dignidade própria do ser humano”¹⁶. No entanto, a decisão esteve longe de ser unânime, havendo várias declarações de voto em sentido distinto, contestando a validade do contrato, apoiadas na ideia de instrumentalização da mulher e de violação da sua dignidade¹⁷.

No contrato de GS a gestante é, por imperativo biológico, uma mulher, e um homem ou um casal de homens não podem assumir a posição de beneficiários. A posição jurídica do beneficiário no contrato será sempre assumida por, pelo menos, uma mulher —que não pode levar avante uma

gestação de substituição, que, de resto, devido à essencialidade da intervenção voluntária de uma mulher disposta a suportar a gravidez por conta dos beneficiários e a entregar a criança após o parto, o Estado jamais estaria em condições de satisfazer diretamente”: TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.4.1., n.º 27, p. 26. Em Espanha, negando a existência de um direito a procriar com base em técnicas de procriação medicamente assistida, v. ENCARNA SERNA MEROÑO (2016), pp. 814-817, e MÓNICA NAVARRO MICHEL (2018), pp. 242-243. Ainda em Espanha, sobre a GS e o reconhecimento de um direito de autonomia reprodutiva, compreendendo a faculdade de poder reproduzir-se mediante os genes a que se tenha acesso na procriação assistida — que não pode ser limitado pelo Estado arbitrariamente mas que também não pode implicar obrigações para o Estado que este não possa assumir —, v. NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ (2018), pp. 225-226.

¹⁴ Veja-se, recentemente, MARIA EUGENIA R. PALOP (2018), p. 262 ss. Em sentido distinto, e para mais desenvolvimentos sobre a posição feminista em face da GS, v. o estudo de ELEONORA LAMM (2018), p. 194 ss, bem como as referências aí cit.

¹⁵ Tribunal Constitucional, *Comunicado de 24 de abril de 2018 - Acórdão n.º 225/2018*, in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa02-bd4453.html>>, n.º 2.

¹⁶ TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.4.1., n.ºs 24-28, pp. 23-27. Este princípio da gratuidade como garantia da autonomia da mulher é apoiado por MÓNICA NAVARRO MICHEL (2018), pp. 245-247. Em sentido distinto, dissociando a gratuidade da protecção da mulher e entendendo que esta leva, pelo contrário, à sua exploração e que reforça uma visão sexista e discriminatória da mulher, v. as posições enunciadas por ELEONORA LAMM (2018), pp. 207-208.

¹⁷ V. as “Declarações de voto” dos juízes Maria de Fátima Mata-Mouros, Maria José Rangel de Mesquita, José António Teles Pereira e João Pedro Caupers.

gravidez—, só, casada ou em união de facto, com um homem ou com outra mulher, como resulta do artigo 6.º da LPMA.

O Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro, que veio regulamentar a Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho —que alterou a LPMA—, refere no seu texto preambular que esta lei veio alargar o âmbito dos seus beneficiários “*garantindo o acesso de todos os casais e todas as mulheres à PMA, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade*”, no sentido de assegurar, acrescenta, o “*princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA e rejeitando-se a exclusão de qualquer mulher no acesso às mesmas*”. Igualdade, porém, que, reafirmamos, distingue em função do sexo, na medida em que os homens, não inseridos numa relação heterossexual, não podem recorrer a estes procedimentos¹⁸.

3. Informação pré-contratual e requisitos para a celebração do contrato

Nos termos do n.º 10 do artigo 8.º da LPMA, a celebração de um contrato de GS deverá ser *supervisionada* pelo *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, entidade que também *supervisiona todo o processo*¹⁹ e que deverá, previamente, *autorizar* a celebração do mesmo contrato²⁰. A Ordem dos Médicos, por outro lado, deverá sempre, em cada caso, ser ouvida²¹.

Por remissão expressa do n.º 8 do artigo 8.º é aplicável ao contrato de GS o disposto no artigo 14.º da LPMA: nos termos deste normativo, os beneficiários devem receber, antecipadamente, informação escrita “*de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da*

¹⁸ Chama a atenção, numa perspectiva crítica, para o argumento da *desigualdade em face da infertilidade* enquanto fundamento da GS, ETIENNE MONTERO (2015), p. 224. A Autora também se refere a uma desigualdade entre casais homossexuais de mulheres e de homens, na medida em que estes últimos têm na maternidade de substituição o único recurso para terem filhos enquanto as primeiras podem recorrer à inseminação artificial. Também FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ (2016), pp. 834-838, aponta o facto de os casais homossexuais de homens (ou os homens sós) terem que recorrer necessariamente à maternidade de substituição para terem descendência biológica. Em Portugal, no mesmo sentido, v. VERA LÚCIA RAPOSO (2017), pp. 26-27. Critica a discriminação dos casais de homens em relação aos casais de mulheres e aos casais heterossexuais em que a LPMA assenta, MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA (2017), p. 9. Também RUTE TEIXEIRA PEDRO¹ (2017), p. 275, questiona a constitucionalidade desta regra com base no princípio constitucional da igualdade em função do sexo.

¹⁹ Cfr. o n.º 4 do mesmo artigo 8.º da LPMA.

²⁰ *Idem, ibidem*.

²¹ Cfr. o n.º 4 do art. 8.º.

*utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas*²², informação essa que deverá constar de um documento aprovado pelo mesmo *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* que supervisiona a celebração do contrato. Dever-se-á aqui entender que estas informações têm ser prestadas a ambas as partes no contrato de gestação, esclarecendo o n.º 5 do mesmo artigo 14.º que o disposto anteriormente “*é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º*”.

A lei impõe, por outro lado, a necessidade de prestação de informação escrita — agora, especificando, à gestante e aos beneficiários — sobre o “*significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal*”²³. E ainda, como resulta da remissão do artigo 8.º, n.º 9, para o artigo 12.º, alíneas c) e e), informação “*sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos*” e sobre as “*condições em que lhes seria possível recorrer à adoção e da relevância social deste instituto*”, repetindo, de forma parcial, o disposto no artigo 14.º já referido.

Do contrato teriam que constar também as *disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez*²⁴. Não se vê, contudo, como poderia o legislador pretender mais do que obrigar a transcrever no contrato o prescrito na lei, nomeadamente no Código Penal, sobre a matéria e regular a questão das despesas inerentes. A não ser assim, o contrato estaria a violar a regra consagrada pelo legislador logo no número seguinte, no n.º 11 do mesmo normativo, impondo “*restrições de comportamentos à gestante de substituição*”, bem como “*normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade*”. Ter-se-iam também que considerar inválidas as cláusulas do contrato de gestação que impusessem restrições a condutas da gestante no que toca ao seu estilo de vida, alimentação, medicação, hábitos desportivos, actividade sexual. O princípio da boa fé no cumprimento dos contratos não parece aqui justificar um comportamento abstencionista que se traduza numa limitação ao direito (também de personalidade) à liberdade positiva e negativa da gestante.

Mas, sobretudo, o que o TC entendeu foi que o contrato-tipo de gestação não poderá fixar limites às restrições admissíveis aos comportamentos da gestante, o que constitui matéria de restrições de direitos fundamentais. As matérias elencadas no n.º 3 do artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, e que constam do contrato-tipo de gestação fixado pelo *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* — como a escolha do obstetra que segue a gravidez,

²² Cfr. o n.º 2 do artigo 14.º.

²³ Cfr. o n.º 6 do artigo 14.º da LPMA.

²⁴ Artigo 8.º, n.º 10, LPMA.

tipo de parto e local onde o mesmo terá lugar (alínea *b*)), a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação (alínea *d*)), o número de tentativas de gravidez (alínea *i*)²⁵—, situam-se no âmbito da reserva de lei parlamentar, não se compadecendo com a indeterminação a que a lei as vota, relegando o seu tratamento para “actos infralegislativos”.

“Tratando-se de disciplina de sentido restritivo quanto ao exercício de direitos, liberdades e garantias, tanto por parte da gestante, como dos beneficiários (...), aquela indeterminação não é compatível com a exigência de precisão ou determinabilidade das leis, decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição”²⁶.

Assim, entendeu o TC que os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA são inconstitucionais, “por violação do princípio da determinabilidade da lei, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea *b*), ambos da Constituição, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família da gestante e dos beneficiários consagrados nos artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, do mesmo normativo”²⁷. Esclareceu ainda o Tribunal que esta declaração de inconstitucionalidade “prejudica necessariamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos de GS na ordem jurídica portuguesa até que o legislador parlamentar venha estabelecer para os mesmos um regime constitucionalmente adequado”, estendendo o juízo de inconstitucionalidade “às normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da LPMA, na parte em que admitem a celebração de negócios de GS a título excecional e mediante autorização prévia”²⁸.

²⁵ CNPMA, *Contrato de gestação de substituição*, em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf>.

²⁶ TC, Acórdão n.º 225/2018, II, *B*), *B.6.3.*, n.º 53, p. 45.

²⁷ *Idem, ibidem.*

²⁸ *Idem, ibidem.*

4. O consentimento dos intervenientes

O direito à informação pré-contratual, que a lei consagra, procura assegurar o cabal esclarecimento dos intervenientes de modo a salvaguardar a liberdade do processo de formação da vontade negocial e, conseqüentemente, do seu consentimento²⁹.

A submissão a tratamentos médicos em geral e, no caso concreto, a aplicação de métodos de procriação medicamente assistida, contende com bens da personalidade juridicamente protegidos. Desde logo está em causa o direito à integridade físico-psíquica não só dos beneficiários dos tratamentos respectivos mas também dos demais envolvidos no procedimento. Concretamente, no caso do contrato de gestação, são convocados os direitos à integridade físico-psicológica da gestante, dos beneficiários —na medida em que o material genético utilizado seja deles— e, eventualmente, de um dador de material genético³⁰. Através do contrato de gestação, as partes prestam o seu consentimento para uma intervenção no seu corpo, autolimitando o direito à incolumidade do corpo e autolimitando a sua liberdade, pelo exercício da própria autonomia privada.

No contexto dos direitos de personalidade, prevê o artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil, que *“toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”*. A ordem pública surge, desta forma, como uma linha de fronteira que demarca o espaço dentro do qual a pessoa pode autolimitar os seus direitos de personalidade, independentemente do consentimento em causa ser prestado num contexto negocial (*maxime* contratual) —consentimento *vinculante*— ou reflectir um compromisso jurídico *sui generis* pelo qual se confere a outrem um poder *fáctico* de agressão mas ainda não um direito subjectivo com esse conteúdo —consentimento *autorizante*³¹.

²⁹ De acordo com o n.º 1 do artigo 14.º, para o qual remete expressamente, como assinalámos, o artigo 8.º, n.º 8, os intervenientes *“devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, mediante o médico responsável”*.

³⁰ Nos termos do n.º 3 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, *“A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante”*. Assim, não poderemos ter, nestes casos, dois dadores de material genético terceiros em relação ao contrato de gestação. Por outro lado, uma mulher só, poderá apenas recorrer ao procedimento na medida em que forneça o seu próprio material genético e um casal de mulheres necessariamente terá que recorrer a um dador terceiro.

³¹ Remetemos neste ponto para a qualificação tripartida do consentimento do ofendido levada a cabo por ORLANDO DE CARVALHO (2012), p. 205, e que distingue consentimento vinculante, consentimento autorizante e consentimento tolerante.

Na hipótese sobre a qual nos debruçamos, o consentimento que se exige aos intervenientes, *maxime* à gestante, corresponde à declaração de vontade que integra o contrato de GS, através do qual se limita o direito à integridade física e o direito à liberdade, atribuindo aos beneficiários um direito subjectivo de exigir o comportamento correspondente. O consentimento que se exige à gestante é um consentimento vinculante e o consentimento prestado por um eventual terceiro, dador de material genético, bem como pelo beneficiário cujo material genético é utilizado, é um consentimento autorizante, utilizando a terminologia de Orlando de Carvalho³².

O consentimento para a implantação de um embrião, para suportar uma gravidez e dar à luz uma criança que será entregue aos beneficiários, bem como o consentimento para a transferência para a gestante de um embrião constituído com material genético de um dos beneficiários, constituem declarações negociais que integram o contrato e das quais decorrem as respectivas obrigações. Do mesmo modo, na medida em que exista um segundo beneficiário que não contribui com o seu material genético para o procedimento, também este assumirá as obrigações correspondentes ao projecto parental encetado no momento da celebração do contrato.

Quanto à revogabilidade do consentimento, o n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil, prevê que “*a limitação voluntária [dos direitos de personalidade], quando legal, é sempre revogável*”. Diferentemente, o n.º 4 do artigo 14.º da LPMA — aplicável à GS por força do n.º 8 do artigo 8.º e do n.º 5 do mesmo artigo 14.º —, diz-nos que o consentimento “*é livremente revogável por qualquer das partes até ao início dos processos terapêuticos de PMA*”. Assim, não haveria dúvidas de que os intervenientes poderiam revogar o consentimento prestado até ao início do procedimento médico, ainda que esta revogação configure um incumprimento contratual, que gerará a correspondente pretensão indemnizatória da contraparte, sempre que sejam causados danos. No entanto, o que o TC contestou foi “*se tal garantia, do ponto de vista da salvaguarda da dignidade da gestante, [seria] suficiente*”³³.

Iniciado o processo terapêutico, questiona-se se a gestante deverá manter a possibilidade de revogar a vontade expressa de suportar a gestação ou se, pelo seu lado, poderão os beneficiários “mudar de opinião” relativamente à sua vontade inicial de serem pais. Desde logo, como já observamos, o próprio texto legal exige a inclusão no contrato das *disposições a observar*

³² Esta foi também a posição assumida pelo TC: Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.1., n.º 8, p. 13. O Tribunal parece distinguir ainda, por outro lado, um consentimento vinculante do beneficiário que consente na transferência para a gestante de um embrião constituído com recurso ao seu material genético (*idem, ibidem*), precisão com a qual concordamos.

³³ *Idem*, n.º 42, *in fine*, p. 36.

em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez³⁴. No entanto, este preceito não assegura à gestante a possibilidade de realizar uma interrupção voluntária da gravidez, nas situações em que a lei o permite, e sem quaisquer consequências indemnizatórias³⁵.

A lei ao especificar a necessidade de as partes no contrato regularem este ponto parece indicar que também os comitentes teriam a sua intervenção no processo de decisão de interrupção da gravidez. E o *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, no contrato-tipo de gestação que disponibiliza no seu *site*³⁶, incluiu uma cláusula onde se prevê que a decisão de interrupção da gravidez, em caso de ocorrência de malformações, cabe “em conjunto ao casal beneficiário e à gestante”³⁷. Estaríamos, neste caso, perto do modelo da “subrogação comercial”, no qual o contrato distribui os direitos e obrigações das partes e o Estado garante a tutela das respectivas posições jurídicas activas. Porém, no nosso sistema, não obstante a opção pela contratualização da GS, haverá que ter em conta os limites impostos à autonomia das partes, nomeadamente pela lei e pelas regras que conformam a ordem pública nacional.

Se a decisão de proceder a uma interrupção voluntária da gravidez nos casos admitidos pela lei penal, nomeadamente em caso de doença grave incurável do nascituro ou malformação congénita, até às 24 semanas de gravidez ou, de forma livre, por opção da mulher, até às 10 semanas de gravidez³⁸, cabe —ou coube, até agora— à mulher *grávida* (do seu filho), no caso da maternidade de substituição já se poderá questionar se também será assim. Isto porque, nesta hipótese *o filho não é seu*. A eventual coercibilidade de um acordo alcançado neste domínio reconduz-nos para a questão de saber se as possibilidades de interrupção voluntária da gravidez admitidas na lei assentam numa relação genética existente entre a grávida e o feto ou antes no direito da grávida à integridade físico-psíquica e à liberdade. Claramente se deverá entender que o que está em causa é a integridade físico-psíquica da grávida e o seu controlo sobre o seu corpo. De outro modo, ter-se-ia que negar a possibilidade de aborto àquela mulher a quem foi implantado um embrião criado com material genético de terceiros contra a sua vontade. Por outro lado, a valorização da relação genética com o feto levaria à intervenção do pai na decisão de interrupção da gravidez, o que não acontece no nosso sistema.

³⁴ Cfr. o n.º 10 do artigo 8.º da LPMA.

³⁵ TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 45, p. 38.

³⁶ CNPMA, *Contrato de gestação de substituição*, cit.

³⁷ Cláusula 9.ª, *Contrato de gestação de substituição*.

³⁸ Cfr. as alíneas c) e e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal Português.

Na medida em que o bem jurídico valorizado pela lei penal é o da integridade e liberdade físico-psíquica da grávida —e esta é a única justificação para a despenalização do aborto *ad nutum* nas primeiras 10 semanas— o contrato de gestação não pode dispor de forma diferente nem sequer pode admitir uma renúncia antecipada à possibilidade de interrupção da gravidez³⁹. O TC começou precisamente por salientar este aspecto, da necessária *actualidade* do consentimento da gestante, em cada momento, e que pretere a estipulação de quaisquer limites à possibilidade de revogação do consentimento prestado em momento e circunstâncias anteriores:

“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.

Deste modo, atentas as aludidas características físicas, biológicas, psíquicas e potencialmente afetivas da gravidez e do parto, a revogabilidade do consentimento inicialmente prestado é a única garantia de que o cumprimento das obrigações específicas de cada fase daquele processo continua a ser voluntário e, por isso, a corresponder ao exercício de tal direito. A pura e simples autovinculação antes do início do processo de gestação de substituição não permite acautelar suficientemente tal voluntariedade ao longo de todo o processo. Por outras palavras, a aludida revogabilidade corresponde a uma garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, o qual constitui um alicerce fundamental do modelo português de gestação de substituição”⁴⁰.

Poderá também acontecer que em face de um diagnóstico de malformação ou doença grave os comitentes queiram interromper a gravidez e a gestante se recuse a fazê-lo. Desde logo, seria muito difícil definir no contrato todos os casos de malformações e doenças (e o seu grau de gravidade) em que o aborto deveria ser feito, no sentido de permitir aos beneficiários accionar as cláusulas contratuais e exigir o aborto. Por outro lado, temos o problema adicional de saber qual o destino a dar à criança se a gestante consegue fazer valer o seu propósito de levar a gravidez até ao final, tendo em conta que esta não será a sua mãe biológica e os comitentes já manifestaram a sua intenção de não querer criar uma criança com os problemas detectados, restando a hipótese da adopção⁴¹. Uma sentença judicial que viesse reconhecer a obrigação de realizar um aborto ou

³⁹ Assim, também, VERA LÚCIA RAPOSO (2017), pp. 20, 32.

⁴⁰ TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 43, p. 37, bem como n.º 46, p. 39.

⁴¹ Assim, também, TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 44, p. 38.

viesse negar a possibilidade da gestante abortar com fundamento no cumprimento de uma cláusula do contrato de GS a que aquela se vinculou ultrapassaria os poderes de intervenção do Estado no domínio da autodeterminação da pessoa⁴². A decisão de realizar ou não um aborto em determinadas circunstâncias não pode ser condicionada por via contratual. E, definitivamente, as limitações impostas à revogação do consentimento pela LPMA não asseguram a liberdade, que em última instância, o TC entendeu constituir “a uma garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante”⁴³, conduzindo a uma “instrumentalização inadmissível da sua pessoa”⁴⁴. Concluiu o TC que

“(…) a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir desproporcionadamente o respetivo direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição)”⁴⁵.

Poderá ainda suceder que uma das partes repense os termos do contrato e pretenda revogar a sua vontade de entregar a criança, ou de a receber, após o parto, consoante seja a parte “arrependida” a gestante ou os beneficiários. Neste caso, supondo que é a gestante que incumprir o contrato e recusa a entrega da criança, a filiação já se encontraria estabelecida a favor dos beneficiários, nos termos do artigo 8.º, n.º 7, LPMA, pelo que o problema passaria a ser resolvido pelos tribunais de família.

Contudo, na perspectiva do TC, um conflito entre o projecto parental dos beneficiários e o projecto parental da gestante não pode deixar de ter em conta o “superior interesse da criança”, no quadro de uma avaliação casuística, pelo que a solução legal de acordo com a qual a criança que nascer em consequência de um procedimento de gestação subrogada é *sempre* tida como filha dos beneficiários deve ser considerada inconstitucional por se traduzir, uma vez mais, numa limitação à revogabilidade do consentimento da gestante⁴⁶. A gestante deverá prestar o seu

⁴² Em sentido próximo, ALESSANDRA CORDIANO (2016), pp. 744-745.

⁴³ TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 45, *in fine*, p. 39.

⁴⁴ *Idem*, n.º 46.

⁴⁵ TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 46, *in fine*, p. 40.

⁴⁶ *Idem*, n.º 47, p. 41.

consentimento no momento da entrega voluntária da criança, ou seja, deverá cumprir voluntariamente o contrato de gestação⁴⁷.

Se os comitentes forem um casal que entretanto se divorciou ou se separou deverão os tribunais de família estabelecer quem fica com a guarda da criança, não sendo tarefa fácil determinar em que sentido irá o interesse da criança, não se colocando a questão em moldes exactamente iguais àqueles que se verificam depois de um parto da mãe divorciada ou separada. Certo é que o contrato não poderá ser resolvido com base numa alteração anormal das circunstâncias⁴⁸, desde logo não se verificando os requisitos de excepcionalidade ou anormalidade necessários à relevância de uma deficiente ponderação do projecto encetado ou de um optimismo irrealista quanto a uma felicidade eterna.

5. A (in)validade do contrato de gestação de substituição

De acordo com o n.º 12 do artigo 8.º, são nulos os negócios de GS, “gratuitos ou onerosos”, que não respeitem o disposto no mesmo artigo 8.º. Assim, serão nulos os contratos com este objecto que sejam onerosos; celebrados sem que se verifiquem as razões médicas excepcionais especificadas na lei; sem recurso a gâmetas de qualquer dos beneficiários ou com recurso a ovócito da gestante de substituição; quando existir uma relação de subordinação económica entre as partes; com preterição da forma escrita; sem a menção das disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez; com preterição dos requisitos de informação prévia dos intervenientes ou de autorização prévia, supervisão ou consulta das entidades referidas na lei; ou ainda, que restrinjam os comportamentos da gestante ou imponham normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

⁴⁷ Maria Clara Sottomayor chama a atenção para a insegurança criada por esta solução que permite a revogação do consentimento até a entrega da criança, acto dependente unicamente da discricionariedade da gestante. Na sua “declaração de voto” a Juíza defende que a posição assumida pelo TC implica a inconstitucionalidade também da última parte do n.º 1 do artigo 8.º e, portanto, põe em causa o “modelo português” da GS. Em alternativa, Maria Clara Sottomayor advoga a aplicação do prazo de seis semanas após o parto previsto para a adopção (artigo 1982.º, n.º 3, do Código Civil), bem como o estabelecimento da maternidade a favor da gestante e o posterior reconhecimento judicial da parentalidade dos beneficiários, aproximando-se do “modelo inglês”.

⁴⁸ VERA LÚCIA RAPOSO (2017), p. 20.

Sendo o contrato nulo, não se produzem quaisquer efeitos jurídicos ainda que se possam verificar, e neste caso com especial relevância, efeitos *de facto*. As prestações já realizadas deverão, por sua vez, ser devolvidas, o que levanta especiais problemas neste contexto, na medida em que a gestante entregou *uma criança* em cumprimento do contrato nulo, sendo ressarcida das despesas inerentes à gestação e parto⁴⁹.

A ineficácia jurídica do negócio decorrente da sua nulidade deixa em aberto a questão da filiação da criança que nasce, nomeadamente, em consequência de um acordo informal, de um procedimento médico clandestino ou, simplesmente —hipótese eventualmente mais frequente— de um contrato remunerado, havendo simulação relativa objectiva quanto à natureza gratuita do negócio⁵⁰.

A resposta à questão de saber de quem seria o filho em caso de celebração de um negócio nulo de GS era dada na versão original do artigo 8.º da LPMA, onde se afirmava que a “*mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer*”⁵¹. Esta solução surgia num contexto legal em que os contratos de gestação eram necessariamente nulos. Depois de cominar com a nulidade a “maternidade de substituição”, o legislador esclarecia que à produção de efeitos de facto do contrato nulo não era associado qualquer efeito jurídico em termos de filiação.

Com a alteração da perspectiva legal em matéria de maternidade de substituição, o legislador veio afirmar que “*a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários*”⁵². Porém, parece claro que esta atribuição de consequências jurídicas em matéria de filiação ao contrato de gestação não significa que se tenha consagrado com a última alteração legislativa o princípio inverso daquele que vigorava anteriormente ou, sequer, que a solução preteritamente afirmada tenha deixado de valer no contexto do novo espírito da lei.

⁴⁹ Põe em evidência a inadequação do regime da nulidade neste campo, precisamente pelas suas consequências radicais, ALESSANDRA CORDIANO (2016), p. 744. Na media em que a nulidade pode ser invocada a todo o tempo, a “devolução” inerente poderá ser exigida passado um período considerável desde a “entrega” inicial, o que neste caso não deixará de ser problemático.

⁵⁰ Neste último caso, de acordo com o artigo 240.º, n.º 2, do CC, o negócio gratuito simulado é nulo e o negócio (oneroso) dissimulado ou oculto é também nulo por aplicação das regras da LPMA e nos termos do n.º 1 do artigo 241.º do CC.

⁵¹ Cfr. o n.º 3 do artigo 8.º da LPMA na sua versão primitiva, que vigorou até 1 de Setembro de 2016.

⁵² Cfr. o actual n.º 7 do artigo 8.º.

O normativo transcrito que atribui a filiação aos comitentes pressupõe a celebração de um contrato de GS *válido*, produtor de efeitos jurídicos⁵³. A atribuição de eficácia jurídica a um contrato que dela carece teria que decorrer de forma clara da lei, o que nesta hipótese não se verifica. A nulidade do contrato não pode deixar de ter como consequência, também hoje, a maternidade da gestante, solução que também se afigura clara para o TC, no acórdão em análise⁵⁴.

Esta nulidade pode ser provocada pela preterição de requisitos considerados “menores” para a validade do contrato —ainda que esta *hierarquização* dos requisitos seja mais do que discutível tendo em conta, por exemplo, os interesses que se visam acautelar com as informações a prestar, a forma das declarações, etc.⁵⁵— mas pode também decorrer do facto de a gestante ser a mãe biológica da criança ou ter recebido um preço como contrapartida do serviço prestado. Em qualquer dos casos, entendeu o TC que, ao prever esta “solução indiferenciada”, o legislador violou o dever do Estado de protecção da infância, constitucionalmente consagrado no artigo 69.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa:

“Na verdade, a possibilidade de a todo o tempo questionar com fundamento na simples inobservância (por oposição a uma inobservância qualificada) de um qualquer pressuposto (e não apenas de pressupostos fundamentais como, por exemplo, o de não ser a gestante dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante) a validade do contrato de gestação permite que se crie um grau de incerteza e indefinição quanto à filiação já estabelecida, o que não se compadece com a segurança jurídica exigível em matéria de estatuto das pessoas”⁵⁶.

⁵³ Embora o elemento sistemático não seja decisivo para a interpretação da lei, não podemos deixar de assinalar que esta regra da filiação surge no n.º 7 do artigo 8.º, entre as várias condições e requisitos de validade do contrato de gestação e não a rematar o preceito, depois de definida a consequência da nulidade em caso de preterição dos elementos elencados. Na versão original da lei, reafirma-se, a regra da maternidade da gestante era consequência da nulidade do contrato. Agora, a regra contrária não pode ser desligada da radical mudança de posição do legislador sobre a validade do contrato.

⁵⁴ TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.2., n.º 48, p. 41. No mesmo sentido v. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA (2017), pp. 13-14. Defendendo uma solução distinta, v. RUTE TEIXEIRA PEDRO² (2017), pp. 165-166.

⁵⁵ Uma certa hierarquização dos requisitos impostos à celebração de um contrato de GS válido parece, ainda assim, decorrer da própria lei, concretamente do seu art. 39.º, que atribui relevância penal apenas à preterição do disposto nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º. Compreende-se, deste modo, a inserção sistemática da regra do n.º 7 que analisamos, que surge depois de elencados os requisitos “maiores” da validade do contrato. Não obstante, a consequência da nulidade afirmada no n.º 12 não distingue.

⁵⁶ TC, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.2., n.º 50, p. 42.

6. Síntese conclusiva

A admissão ou não do procedimento de GS e mesmo a opção de legislar ou não sobre o tema é, desde logo, uma opção política⁵⁷ que deverá ponderar os variadíssimos interesses, eventualmente conflitantes, e bens jurídicos em jogo. A solução ensaiada pelo legislador português em 2016 não resistiu ao “teste de esforço” da constitucionalidade.

Se por um lado se entendeu que a celebração de um contrato gratuito de gestação não põe, “só por si”, em causa a dignidade da gestante e da criança que venha a nascer por esse método nem viola o dever do Estado de protecção da infância, por outro lado também se considerou que a regulamentação prevista para este contrato ofende o princípio da determinabilidade das leis e da reserva de lei. A “excessiva indeterminação” da lei relega para uma entidade administrativa e para a autonomia das partes matérias que implicam restrições de direitos fundamentais, nomeadamente à liberdade e dignidade da gestante, não sendo definidos parâmetros de actuação previsíveis —desde logo no que toca à interrupção voluntária da gravidez ou à existência de um “direito de arrependimento”— para aqueles que queiram recorrer a este método.

O TC não transigiu também com a necessidade de assegurar a revogação do consentimento da gestante até ao cumprimento da última obrigação decorrente do contrato —a entrega da criança nascida através de maternidade de substituição aos comitentes—, como única forma de garantir o exercício por parte da gestante do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, fundamento último da admissibilidade do contrato de gestação.

Considerou, por outro lado, que a solução da nulidade do contrato, sempre que sejam preteridos os requisitos de forma e de substância para a sua celebração, põe em causa a segurança jurídica no que toca ao estatuto das pessoas, decorrente do princípio do Estado de direito democrático.

Por último, entendeu-se ainda que a regra do anonimato dos dadores e da gestante de substituição configura uma “restrição desnecessária aos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade” dos nascidos com recurso a técnicas de PMA.

A intervenção do TC transformou, em suma, o contrato de GS num “invólucro vazio”, numa cápsula desprovida de conteúdo, prejudicando a possibilidade de celebrar novos contratos de GS na ordem jurídica portuguesa enquanto o legislador não aprovar um regime jurídico que assegure os valores constitucionais postos em causa. A presente inexistência de uma entidade com competência

⁵⁷ Assim lembra MÓNICA NAVARRO MICHEL (2018), p. 241.

para autorizar os contratos e a indefinição legal dos critérios que devem nortear essa autorização levam à sua inadmissibilidade. Note-se, porém, que o TC ressaltou de forma expressa dos efeitos retroactivos da sua decisão os contratos de GS “autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho”⁵⁸, com base em imperativos de segurança jurídica. Relativamente aos demais contratos, esclareceu o TC que terão que ser considerados como não autorizados e, portanto, “celebrados ao abrigo de um regime que não admite contratos de gestação de substituição”⁵⁹.

Bibliografia

- ◆ BATUECAS CALETRÍO, ALFREDO, “L’iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all’estero”, in *Rivista di Diritto Civile*, LXI, n.º 5 Settembre-Ottobre, 2015, pp. 1143-1193.
- ◆ BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “La gestación por sustitución en España: un debate abierto”, in *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões* (coord. HELENA MOTA / MARIA RAQUEL GUIMARÃES), Coimbra, FDUP/CIJE/Livraria Almedina, 2016, pp. 759-790.
- ◆ CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria geral do direito civil* (coord. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES / MARIA RAQUEL GUIMARÃES / MARIA REGINA REDINHA), Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- ◆ CNPMA, *Contrato de gestação de substituição*, em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf>.
- ◆ CORDIANO, ALESSANDRA, “La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali”, in *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões* (coord. HELENA MOTA / MARIA RAQUEL GUIMARÃES), Coimbra, FDUP/CIJE/Livraria Almedina, 2016, pp. 741-743.
- ◆ GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “O novíssimo contrato de gestação humana no direito português”, in *Autonomia della famiglia e controlli. Prime riflessioni*, GIULIA CASTELLANI, ALESSANDRA CORDIANO, GIORGIA ANNA PARINI, MARTINA VIVIRITO PELLEGRINO (a cura di), Napoli, ESI, 2017, pp. 33-48.

⁵⁸ TC, Acórdão n.º 225/2018, III, g), p. 60.

⁵⁹ *Idem*, II, E., n.º 83, p. 59.

- ◆ GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “*Subitamente, no Verão Passado: A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento*”, *Actas do Seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto, FDUP/CIJE, 2017, pp. 107-126.
- ◆ IGAREDA GONZÁLEZ, NOELIA, “La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva”, in *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (RICARDO GARCÍA MANRIQUE, coord.), Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 221-235.
- ◆ JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, “Técnicas de reproducción asistida y filiación en uniones homosexuales en España”, in *Autonomía e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões* (coord. HELENA MOTA / MARIA RAQUEL GUIMARÃES), Coimbra, FDUP/CIJE/Livraria Almedina, 2016, pp. 823-839.
- ◆ LAMM, ELEONORA, “Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo”, in *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (RICARDO GARCÍA MANRIQUE, coord.), Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 191-220.
- ◆ MONTERO, ETIENNE, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, in *Persona y Derecho*, n.º 72, 1, 2015, pp. 223-236.
- ◆ NAVARRO MICHEL, MÓNICA, “La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿como?”, in *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (RICARDO GARCÍA MANRIQUE, coord.), Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 237-258.
- ◆ PEDRO¹, RUTE TEIXEIRA, “The dawn of a brave new world in Portugal: a critical overview of the new legal framework applicable to medically-assisted procreation”, in *The International Survey of family Law*, Bristol, LexisNexis, 2017, pp. 271-282.
- ◆ PEDRO², RUTE TEIXEIRA, “Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida”, in *Actas do Seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto, FDUP/CIJE, 2017, pp. 149-167.
- ◆ PEREIRA, MARIA MARGARIDA SILVA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, in *Julgar Online*, Janeiro 2017, pp. 1-25, em <<http://julgar.pt/author/margarida-silva-pereira>>.
- ◆ RAPOSO, VERA LÚCIA, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, in *Revista do Ministério Público*, 149, Janeiro/Março, 2017, pp. 9-51.

- ◆ RODRÍGUEZ PALOP, MARIA EUGENIA, “Argumentos contra la gestación por sustitución”, in *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (RICARDO GARCÍA MANRIQUE, coord.), Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 259-280.
- ◆ SERNA MEROÑO, ENCARNA, “Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, in *Autonomía e heteronomía no direito da família e no direito das sucessões* (coord. HELENA MOTA / MARIA RAQUEL GUIMARÃES), Coimbra, FDUP/CIJE/Livraria Almedina, 2016, pp. 807-821.
- ◆ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Comunicado de 24 de abril de 2018 - Acórdão nº. 225/2018*, in < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa02-bd4453.html>>
- ◆ VAUCHEZ, STÉPHANIE HENNETTE, “Deux poids, deux mesures: GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l’Union européenne”, in *La Revue des droits de l’homme, Actualités Droits-Libertés*, 2014, pp. 1-16.

Fecha de recepción: 18 de julio de 2018

Fecha de aceptación: 12 de agosto de 2018