Universidades Lusíada

Lima, Catarina Saraiva
Costa, Marta, 1979-

A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade

http://hdl.handle.net/11067/979
https://doi.org/10.34628/95sq-wn76

Metadados

Data de Publicação 2014-07-15

Resumo A maternidade de substituição - técnica de procriação medicamente assistida, nos termos da qual uma mulher se dispõe a gerar uma criança no seu útero em benefício e por conta de outrem – é, entre nós, proibida. Objecto de intenso debate e controvérsia, como todas as matérias relacionadas com os “novos mundos” permitidos ao Homem pelo progresso científico, a maternidade de substituição é, por natureza, um tema transversal, polémico e sensível, desde pontos de vista tão variados como a medicina, a...

Palavras Chave Maternidade de substituição - Portugal, Direitos humanos - Portugal

Tipo article

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] LD, s. 2, n. 10 (2012)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-21T05:17:09Z com informação proveniente do Repositório

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE

Marta Costa [1] - Catarina Saraiva Lima [2]

Resumo: A maternidade de substituição - técnica de procriação medicamente assistida, nos termos da qual uma mulher se dispõe a gerar uma criança no seu útero em benefício e por conta de outrem – é, entre nós, proibida. Objecto de intenso debate e controvérsia, como todas as matérias relacionadas com os "novos mundos" permitidos ao Homem pelo progresso científico, a maternidade de substituição é, por natureza, um tema transversal, polémico e sensível, desde pontos de vista tão variados como a medicina, a ciência, a ética, a biologia, o direito ou a moral. O presente estudo representa apenas uma vertente desta discussão: propomo-nos analisar a figura da maternidade de substituição à luz dos direitos de personalidade consagrados na Constituição da República Portuguesa, em particular, o direito a constituir família, o direito de disposição do próprio corpo e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, temperados pelos princípios do superior interesse da criança, da autonomia privada e da dignidade humana. Na sequência das recentes propostas e discussão da admissibilidade da maternidade de substituição na Assembleia da República, o presente artigo pretende contribuir para a análise da legitimidade da intervenção do Estado nesta matéria, desde uma perspectiva de direitos fundamentais, e reponderar o seu actual enquadramento legal: afinal, perante indivíduos livres e livremente dispostos a celebrar um contrato de maternidade de substituição, deverá ou poderá o Estado proibi-la?

Abstract: Surrogacy – a medically assisted procreation technique in which a woman carries a child in her uterus for another person – is illegal in Portugal. A subject of great debate and controversy, like all "new worlds" opening up to

[1] Professora Auxiliar da Universidade Lusíada de Lisboa; Doutora em Direito; Advogada.
[2] Advogada.

humans through scientific progress are, surrogacy is, by its very nature, a broad, contentious and sensitive issue, from such varied perspectives as medicine, science, ethics, biology, law or morals. This study addresses just one aspect of this debate: the analysis of surrogacy from the perspective of the personal rights protected by the Portuguese Constitution, in particular, the right to have a family, the right over one's own body and the right to free personal development, all tempered by the principles of the best interest of the child, free will and human dignity. Further to the recent proposals and discussion in the Portuguese Parliament on whether or not surrogacy should be legalised, this article seeks to contribute to the analysis of the legitimacy of State's intervention in this matter, from the perspective of fundamental rights, and to rethink its current legal framework: after all, when faced with free individuals who are willing to enter into a surrogacy agreement, should or could the State prevent it?

I - Introdução

A maternidade de substituição não é tema incógnito ou sequer original dos tempos modernos. Na verdade, este tema tem sido amplamente romanceado e dramatizado sob diversas formas e meios de entretenimento nas últimas décadas. Em 1990, a cadeia de televisão brasileira Rede Globo transmitiu uma célebre novela com o título "Barriga de Aluguer"[3], na qual um casal, que não podia ter filhos, contrata uma mulher para gerar um filho seu, com o material genético de ambos. Na famosa série norte-americana "Friends" (1994-2004)[4], Phoebe Buffay (interpretada por Lisa Kudrow), umas das personagens principais, dá à luz os filhos do irmão. O filme "Baby Mama" (2008)[5] conta a história de uma mulher solteira (interpretada por Tina Fey) que não pode ter filhos e contrata uma rapariga para os ter por ela. Numa outra série norte-americana, "Brothers and Sisters" (2006-2011)[6], o casal *gay* Kevin (Matthew Rhys) e Scotty (Luke Macfarlane) contrata uma "barriga de aluguer", que é inseminada com material genético deste último. Muitos outros exemplos do "fenómeno" poderiam aqui ser enunciados; a própria Bíblia já contava a história de Sara, mulher de Abraão, que pede a este que tenha um filho com Hagar, sua criada, para que, através dela, também Sara se torne mãe[7].

Naturalmente, nenhuma destas histórias é contada sem dramatização: em "Barriga de Aluguer", Clara (a portadora da gravidez), mulher com escassos

[3] Barriga de Aluguer teve o seu primeiro capítulo exibido originalmente em 20 de Agosto de 1990.

[4] 4.ª Temporada, exibida no canal televisivo norte-americano NBC em 1997/1998.

[5] Produzido pela Universal Pictures, escrito e realizado por Michael McCullers.

[6] Exibido pela cadeia televisiva ABC, com o seu primeiro episódio em 24 de Setembro de 2006.

[7] Génesis, 30, 3.

recursos económicos, e que trabalha, de dia, como balconista, e de noite, como dançarina, é tomada pelo sentimento da maternidade durante a gravidez, e, após um complicado parto que a deixa infértil, recusa-se a entregar a criança ao casal, apesar de nenhum dos materiais genéticos lhe pertencer; em "Friends", o irmão de Phoebe pede-lhe que aceite gerar os seus filhos porque a mulher com quem está casado, bastante mais velha, já não tem idade para o fazer; a própria Phoebe, que aceitou suportar a gravidez por altruísmo e amor fraterno, chega a ponderar pedir a guarda de um dos trigémeos ao irmão; em "Baby Mama", é comediada a problemática do controlo dos comportamentos irresponsáveis da "mãe de substituição"; e em "Brothers and Sisters", a portadora da gravidez simula um aborto espontâneo e foge do Estado da California, onde todos vivem, para prosseguir secretamente com a gestação, vindo a dar à luz a criança cuja maternidade assume.

Estas histórias não são apenas fruto da imaginação e criatividade dos seus autores, e as tramas ficcionadas correspondem, afinal, às reais e complexas problemáticas da maternidade de substituição. Questões como o arrependimento da portadora da gravidez ou dos progenitores durante uma gravidez já em curso, o risco de exploração de mulheres economicamente mais desfavorecidas, a responsabilidade e fiscalização do comportamento de quem suporta a gravidez ou os limites do recurso a este tipo de técnicas de procriação, como a idade ou a (in) fertilidade, têm a sua correspondência na vida real.

Pensar sobre os problemas jurídicos envolvidos na maternidade de substituição implica primeiro revisitar os acontecimentos concretos que a constituem: a maternidade de substituição é um acordo entre uma mulher e um indivíduo ou casal, pelo qual aquela se dispõe, em nome e por conta destes, a gerar uma criança (que poderá ter o seu material genético ou não) no seu útero, a qual, a final, entregará aos beneficiários deste acordo, que assumirão a qualidade de seus progenitores.

Por que razão é tão desafiante discutir moral, ética e juridicamente a maternidade de substituição? Porque é que é tão controversa a possibilidade de as pessoas decidirem o modo como podem ter filhos, ainda que a natureza lho impeça? Que valores, afinal, estão em causa? Pode "alugar-se" o útero? E emprestar? Quem devem ser considerados "pais'' e como se resolve o conflito entre a maternidade e/ou paternidade genética e a biológica? O que define realmente ser "pai" e ser "mãe"? Cabe ao Estado estabelecer um critério único de filiação? E o que acontece, se a portadora da gravidez se arrepende e decide ficar com a criança, contra a vontade dos "pais"? E se estes pais, que contratam uma "barriga de aluguer", se arrependem a meio da gravidez, e deixam de querer ter um filho? Havendo incumprimento contratual, como resolver? Este contrato é exequível? Como? Devem aceitar-se indemnizações? Com que valor? A criança, que nascerá de todo o modo, com quem fica? Será injusto ou justificado impedir a procriação de mulheres medicamente incapazes de suportar uma gravidez (e dos seus cônjuges ou análogos), quando existem os meios adequados que lho permitem?

Não há dúvidas de que "[o] desaparecimento de limites naturais à acção humana (...) exige a destrinça entre o tecnicamente possível e o humanamente desejável"[8]. Com o avanço galopante da ciência na área da reprodução, e a multiplicação de casos reais tão comovedores quanto problemáticos pelo mundo fora, os termos desta destrinça têm sido discutidos na esfera política e na sociedade civil. Recentemente, em Portugal, foram apresentados, na Assembleia da República, por quase todos os partidos aí representados, projectos de lei sobre este assunto: o debate sobre a maternidade de substituição é, à data, actualíssimo[9].

Todas as matérias relacionadas com os "novos mundos" permitidos ao Homem pelos avanços e progresso científicos são, por natureza, temas transversais, polémicos e sensíveis, de pontos de vista tão variados como a medicina, a ciência, a ética, a biologia, o direito ou a moral. O presente artigo representa apenas uma vertente desta discussão: propomo-nos levar a cabo o exame da legitimidade da proibição da maternidade de substituição pelo Estado, à luz dos direitos de personalidade consagrados na Constituição da República Portuguesa, que designaremos como direitos fundamentais de personalidade. Pretendemos enquadrar a maternidade de substituição no ordenamento jurídico português, e examinar em que medida este enquadramento é compatível com os direitos dos indivíduos envolvidos. Partindo da análise da autonomia privada, do direito a constituir família (dos beneficiários da gestação), do direito de dispor do próprio corpo (da mulher que se compromete a levar a cabo a gravidez), e do direito ao desenvolvimento da personalidade (de todos os envolvidos), procuraremos averiguar: afinal, perante indivíduos livres e livremente dispostos a celebrar um contrato de maternidade de substituição, deverá ou poderá o Estado proibi-la?

II – Enquadramento Legal e Outros Enquadramentos

Maternidade de substituição significa, nos termos da nossa legislação, qualquer situação em que uma mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem, entregar a criança após o parto, e renunciar aos poderes e deveres próprios da maternidade (definição dada pelo número 2 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de

[8] Luísa Neto, "A revisão do conceito de "ordem pública"? Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação do sujeito consigo mesmo", in *Revista Scientia Iuridica*, Braga, Tomo LX, N.º 326, 2011, pp. 331 ss.

[9] Recentemente, o próprio *Boletim da Ordem dos Advogados* publicou vários artigos de opinião sobre a maternidade de substituição: v. "Procriação Medicamente Assistida – Liberdade de escolha" (rubrica *Perspectivas*), por Rita Roque de Pinho, N.º 87, Fevereiro de 2012; "Maternidade de Substituição" (rubrica *Caso do Mês*), por Ana Isabel Cabo, "Barrigas de Aluguer" (rubrica *Perspectivas*), por Alberto Barros, "Maternidade de substituição: Quando a cegonha chega por contrato" (rubrica *Perspectivas*), por Vera Lúcia Raposo, N.º 88, Março de 2012.

Julho - Lei da Procriação Medicamente Assistida, doravante designada "Lei PMA")[10]. A maternidade de substituição tem sido um dos temas que mais dificuldades ético-jurídicas tem suscitado no âmbito das técnicas de procriação medicamente assistida.

Desde logo, o próprio termo "maternidade de substituição" não é isento de crítica, existindo doutrina que rejeita a utilização do vocábulo "substituição", por sugerir que verdadeira maternidade será apenas a maternidade associada com a gravidez e que operaria, nesta situação, uma substituição da verdadeira mãe por uma "não-mãe"[11]. São propostas outras denominações, tais como "gestação de substituição", "mãe de gestação", "portadora da gravidez" ou "mãe hospedeira"[12].

[10] A necessidade de intervenção legislativa na matéria foi muito discutida não só no nosso país mas um pouco por todo o mundo. Vários Autores defenderam uma total liberdade para a prática científica, mesmo no que se referia a limites éticos e, consequentemente, a ausência de qualquer intervenção legislativa. Todavia, a corrente doutrinal dominante apresentou-se favorável à intervenção legislativa, essencialmente em nome da segurança jurídica. Diversos Estados-membros da União Europeia consagram, há várias décadas, diplomas legais disciplinadores da procriação medicamente assistida. É o caso da lei sueca *Act on Insemination*, de 1985, da *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* espanhola, de 1988, ou das chamadas leis bioéticas francesas, de 1994. Mais recentemente, outros legisladores têm seguido esse trilho, como foi o caso do italiano, com a publicação da lei relativa a *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita,* de 2004 , e do português. V. Marta Costa, *Convivência More Uxorio na perspectiva de harmonização do Direito da Família Europeu: Uniões Homossexuais,* Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 507 ss. V. ainda, para análise detalhada da Lei PMA, CFR. Paula Martinho da Silva/Marta Costa, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada,* Colecção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

[11] Marta Costa, *Convivência More Uxorio na perspectiva de harmonização do Direito da Família Europeu: Uniões Homossexuais,* Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 525.

[12] Michele Sesta elenca três formas de maternidade de substituição, a saber: (i) doação de ovócitos a favor de uma mulher que leva ao fim a gravidez, para ter um filho "próprio"; (ii) caso em que o marido fecunda o ovócito de uma mulher que não a cônjuge, com autorização desta, mulher que levará a gravidez até ao fim, comprometendo-se a entregar a criança ao casal aquando do seu nascimento; (iii) embrião formado in vitro com material genético do casal interessado e posteriormente implantado no útero de uma terceira mulher que se compromete a levar até ao fim a gravidez e a entregar a criança ao casal ("Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?", in La nuova Giurisprudenza Civile Commentata, II, 2000, p. 203, nota de rodapé n.º 1).
Sobre esta problemática, v. também Guilherme de Oliveira, "Aspectos jurídicos da procriação assitida",in Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 26; María Domingo, Las técnicas procreativas y el derecho de familia: incidencia de la reproducción asistida en el matrimonio canonico, Civitas, Madrid, 2002, p. 27; Gianni Baldini, Tecnologie riproduttive e problemi giuridici, Giappichelli editore, Torino, 1996, pp. 96 ss; Giovanni M. Armone, "Procreazione assistita e trattamento degli embrioni umani. Prospettive di regolamentazione", in Rivista critica del diritto privato, 1994, p. 341; Paolo Zatti, «La surrogazione nella maternità», in Questione Giustizia, n.º 4, 1999, p. 827, nota de rodapé n.º 9; Alessio Anceschi, La famiglia nel diritto internazionale

Esta matéria, embora de reconhecida importância doutrinária, e até de princípio, reveste reduzida utilidade prática, principalmente quando em confronto com as questões complexas de fundo que assistem à maternidade de substituição, denominação que utilizaremos, a par de outras.

A maternidade de substituição envolve uma relação contratual estabelecida entre os destinatários finais da filiação da criança (em abstracto, um casal, heterossexual ou homossexual, ou um indivíduo, homem ou mulher, heterossexual ou homossexual), que denominaremos "beneficiários" - são eles que impulsionam o processo de maternidade de substituição, pois é seu o desejo de procriação, e é a eles a quem é acordado entregar a criança, e em favor de quem deverão ser "renunciados" os poderes e deveres próprios da maternidade; e a mulher que se dispõe a suportar a gravidez, doando ou não o seu material genético, e que se obriga, após o parto, a entregar a criança aos beneficiários e a renunciar aos poderes e deveres de maternidade que lhe possam caber – denominada de "mãe de substituição", "mãe de gestação", "portadora" ou "mãe gestacional", entre outros.

A maternidade de substituição relativiza as leis da natureza, segundo as quais a maternidade se estabelece, naturalmente, pelo nascimento da criança. Por razões lógicas e de ciência, nunca foi posto em causa que a mãe da criança é quem lhe dá à luz. Reflexo disso mesmo é o critério de estabelecimento de maternidade previsto no Código Civil (no seu artigo 1796.º)[13], nos termos do qual, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento (número 1 daquele artigo). A paternidade, por sua vez, estabelece-se por presunção, através da mãe: presume-se que o pai da criança é o marido da mulher que dá à luz (número 2 do mesmo artigo)[14]. Desta lógica nasce o dito popular "As filhas das minhas filhas, minhas netas são; as filhas dos meus filhos, serão ou não". As técnicas de procriação medicamente assistida e, em particular, a maternidade de substituição, vêm disputar estas velhas máximas, permitindo que se questione, afinal, o brocardo latino *mater semper certa est*[15]: afinal, é possível que a mulher que dá à luz não seja sequer a mãe genética da criança.

---

privato, Giappichelli editore, Torino, 2006, p. 200; Adriana Wagmaister, «Maternidad subrogada», in Rivista de derecho de familia, n.º 3, 1990, p. 20.

[13] A definição legal de maternidade substituição também reflecte este critério, ao referir a "*renúncia dos poderes e deveres próprios da maternidade*", associando, assim, a maternidade à gravidez e nascimento, e qualificando a entrega da criança aos beneficiários como *renúncia* – ilegítima - da maternidade.

[14] A presunção de paternidade baseia-se numa outra presunção: a da fidelidade dos cônjuges, principalmente a da mulher, por ser biologicamente irrelevante que o homem tenha relações sexuais com outras pessoas.

[15] Nas ordens jurídicas italiana e francesa, a mãe da criança pode pretender não ser nominada como mãe, permanecendo anónima, circunstância que constitui uma excepção ao referido brocardo latino. No entanto, em matéria de procriação medicamente assistida, o legislador italiano afastou essa possibilidade, e a mãe da criança nascida com recurso a estas técnicas não pode declarar não pretender ser nominada como tal no registo civil. Esta solução pretende impedir o abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*. V. Paula Martinho da Silva/Marta Costa, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada,* Colecção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, anotação ao artigo 8.º.

Na verdade, a criança nascida com recurso a esta técnica poderá ter cinco potenciais progenitores. Basta que nenhum dos beneficiários - aqueles que reconhecerão a maternidade e/ou paternidade da criança que vier a nascer - tenha contribuído com os seus materiais genéticos (óvulos ou sémen) para a gravidez, nem tão pouco a mãe de gestação. Neste caso, a filiação poderá, em abstracto, ser atribuída a diferentes progenitores, dependendo do critério utilizado: aos progenitores sociais ou afectivos, isto é, aquele ou aqueles que venham a assumir as responsabilidades parentais da criança (os beneficiários), independentemente dos seus vínculos genéticos ou biológicos com a mesma; à progenitora gestacional, isto é, a mulher que suporta a gravidez e dá à luz a criança; ou aos progenitores genéticos, isto é, aos dadores de material genético (óvulos ou sémen).

A maternidade de substituição coloca em perspectiva o critério de estabelecimento da filiação, obrigando a perguntar se a maternidade biológica, isto é, aquela que se estabelece pelo nascimento, é mais relevante do que qualquer outra, incluindo, por exemplo, a maternidade genética. É pertinente questionar se o vínculo estabelecido entre a mulher portadora e a criança que aquela gera no ventre é mais relevante do que o vínculo genético, através do qual se transmitem, inclusivamente, traços físicos e de personalidade. Parece que, perante o actual leque de possibilidades de procriação permitidas pela ciência (e, em muitos casos, também pela lei), o critério de estabelecimento de filiação consagrado no Código Civil – o do nascimento -, elevando o princípio do biologismo sem mais, será insuficiente e inadequado. Note-se que o referido critério do Código Civil traria ainda à colação, no âmbito da maternidade de substituição, um sexto progenitor, totalmente alheio à criança, apesar de prioritário no estabelecimento da paternidade: o marido da progenitora gestacional, por operação da presunção do artigo 1796.º, número 2 do Código Civil, acima referida.

Uma das críticas dirigidas à maternidade de substituição é, precisamente, a dificuldade (e inerente indefinição) de estabelecimento da filiação, já que a mãe portadora não poderia deixar de ser considerada mãe da criança. Esta dificuldade não é, no entanto, de difícil resolução. O biologismo não é sequer um valor absoluto no plano da filiação estabelecido pelo Código Civil, como adverte Jorge Duarte Pinheiro[16]: "em diversos aspectos, o legislador afastou-se do princípio da verdade biológica. P.e., ao sujeitar as acções de investigação de maternidade, de investigação de paternidade e de impugnação da paternidade a prazos de caducidade (cfr., respectivamente, arts. 1817.º, 1873.º e 1842.º); ao excluir a acção de averiguação oficiosa susceptível de revelar uma ligação incestuosa (arts. 1809.º, al. a) e 1866.º, al. a); ao exigir o assentimento do filho maior para que a perfilhação produza efeitos (art. 1857.º); e ao impedir o estabelecimento da filiação, depois de decretada a adopção plena (1987.º)". Ao contrário do que afirma Diogo Leite de

[16] Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2008, p. 132.

Campos[17], a filiação não é, nem sempre foi, assente na biologia, e o legislador tem muito que dizer neste âmbito, como o faz, nomeadamente, em matéria de adopção ou de doação de sémen, óvulos e embriões. Paula Martinho da Silva reconhece também, em casos de separação entre o pai e o procriador: "[a] verdade biológica apagar-se-á, nestes casos, diante da realidade sociológica que faz com que uma família seja caracterizada e definida em primeiro lugar pelas relações afectivas privilegiadas e não somente pelas transmissões de óvulos e espermatozóides"[18].

Parece-nos, portanto, que a problemática exposta do estabelecimento da filiação não é obstáculo definitivo à maternidade de substituição, sendo possível a sua resolução nos mesmos termos em que é consagrada a constituição da filiação por consentimento não adoptivo[19], modalidade de filiação não biológica e não adoptiva, adoptada pelo número 3 do artigo 1839.º do Código Civil, nos

[17] Diogo Leite de Campos sustenta que: "*A filiação é hoje, e sempre foi, uma relação assente na biologia. Tem-se entendido que está em causa um elemento fundamental do estatuto jurídico da pessoa humana, da sua dignidade natural: ser filha dos seus pais biológicos – e não de quem o legislador entenda.*" ("A Procriação Medicamente Assistida e o Sigilo sobre o Dador - Ou a Omnipotência do Sujeito", in *Revista da Ordem dos Advogados,* Ano 66, III, 2006, p. 1029). Entendemos que as crianças nascidas por recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, bem como todas aquelas que sejam adoptadas não podem ser prejudicadas no seu estatuto de pessoa humana e na sua dignidade natural por esse facto.

[18] Paula Martinho da Silva, *A Procriação Artificial. Aspectos Jurídicos*, Moraes Editores, Lisboa, 1986, p. 41. Também Vera Lúcia Raposo refere que: "O próprio Código Civil apresenta várias excepções ao biologismo estrito. Por razões ditadas pelo interesse da criança, pela estabilidade familiar, pela tranquilidade social e pela privacidade das partes, a lei permite que sejam considerados como pai ou como mãe pessoas que geneticamente o não são. Em tais casos, o legislador confere chancela jurídica a um acordo prévio entre as partes (...), o que indica que o legislador não afasta completamente a vontade privada em matéria de filiação", *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição,* Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 61.

[19] Jorge Duarte Pinheiro refere que: "A filiação por consentimento não adoptivo é uma modalidade de paternidade estabelecida por via de inseminação de mulher com esperma doado por terceiro. O vínculo de filiação por consentimento não adoptivo define-se por exclusão de partes: é a modalidade de filiação que não é biológica nem adoptiva. Demarca-se da filiação biológica, por ser independente dos laços de sangue. Demarca-se da filiação adoptiva por se não constituir mediante sentença de adopção, apesar de pressupor também a vontade daquele que virá a assumir uma posição juridicamente equivalente à de progenitor. A identificação da filiação por consentimento não adoptivo deve muito à análise doutrinária do art. 1839.º, n.º 3. Ao proibir a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu, a disposição legal atribui a paternidade ao marido da mãe que foi sujeita a inseminação artificial, mesmo que o esperma seja de terceiro, o que representa um afastamento do crtério biológico de filiação, e sem que o vínculo de filiação tenha sido constituido por sentença, como acontece na adopção." *(O Direito da Família Contemporâneo,* Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2008, p. 259).

termos do qual é proibido ao homem que consentiu na inseminação da mulher com sémen de terceiro (entenda-se, dador) revogar o consentimento concedido, impugnando a paternidade da criança (aliás, em consonância com o disposto no número 2 do artigo 10.º da Lei PMA, o qual dispõe que "os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vier a nascer"). Nesta situação, o consentimento na inseminação da mulher por sémen de terceiro determina o estabelecimento da filiação da criança que vier a nascer, e – note-se – vincula o seu autor, o qual sempre virá a assumir a sua paternidade, mesmo que contra a sua posterior vontade.

Jorge Duarte Pinheiro defende a solução legislativa plasmada no artigo 1839.º, número 3, do Código Civil, invocando que "na procriação assistida heteróloga[20], não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternais a alguém que é um mero dador de material genético"[21]. Não se poderá (ou deverá) invocar igualmente que, no caso da maternidade de substituição, não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternais a alguém assume a mera gestação? Arrepiando a qualificação de mera gestação, arrepia igualmente, no entendimento das Autoras, a de mero titular do material genético – não é este único e irrepetível, código pessoalíssimo de identificação de cada ser humano? Pergunta-se se a gravidez e o nascimento deverão superar liminarmente a genética; e se, permitindo o nosso actual sistema que a genética seja superada, em caso de doação de óvulos, esperma ou embriões, não será este um sinal de tolerância e aceitação da nossa ordem jurídica relativamente aos projectos de parentalidade dos indivíduos, e à multiplicidade de meios e técnicas para a sua concretização.

Como é notório, as técnicas de procriação medicamente assistida reclamam uma redensificação do conceito jurídico de filiação e progenitorialidade, que não deriva necessariamente de dados biológicos, mas depende também de "valores sociais de responsabilidade que podem até contradizer a verdade biológica"[22]. O recurso à maternidade de substituição sempre exigiria a aplicação de um critério de filiação diverso daquele estabelecido no artigo 1796.º do Código Civil. Uma tal solução legal não seria sequer, como visto, uma novidade legislativa: a consagração, relativamente a ambos os beneficiários, de um critério semelhante

[20] Reprodução heteróloga é aquela que se concretiza através do recurso a óvulo, sémen ou embrião de um terceiro, alheio ao(s) beneficiário(s)."Trata-se de um recurso de natureza subsidiária, uma vez que constitui requisito essencial para a sua utilização a gravidez não poder ter sido obtida com utilização de gâmetas dos beneficiários progenitores (reprodução homóloga)", nas palavras de Paula Martinho da Silva/Marta Costa (*A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada,* Colecção PLMJ, Coimbra Editora, 2011, Coimbra, anotação ao artigo art. 10.º).

[21] Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2008, p. 261.

[22] Amadeo Santosuosso, "Utero in affitto: il difficile contratto", in *Questione Giustizia*, N.º 2, 2000, p. 375.

àquele aplicável à filiação por consentimento não adoptivo, permitiria resolver o estabelecimento da maternidade e/ou paternidade da criança nascida com recurso à maternidade substituição, definindo-os à partida, sem possibilidade de impugnação ou revogação.

A matéria da maternidade de substituição encontra-se regulada, entre nós, pela Lei PMA[23]. Este diploma regula a maternidade de substituição em apenas dois artigos. No artigo 8.º, é estabelecida a nulidade dos contratos de maternidade de substituição, sejam gratuitos ou onerosos (número 1). Ou seja, a maternidade de substituição é, entre nós, proibida[24]. Em coerência com esta regra, e com a própria norma estabelecida pelo Código Civil (acima referida), a mulher que suportar uma gravidez de substituição é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer (número 3) – ainda que, note-se, os beneficiários da gestação sejam os pais genéticos. Esta solução, principalmente se contrária à vontade da mãe de gestação[25], leva a questionar o critério de estabelecimento de maternidade consagrado nesta norma. Não parece razoável que a sanção da nulidade destes contratos resulte na imposição, à mãe de gestação, da maternidade da criança que vier a nascer, a qual parece ser utilizada como moeda de "castigo", quer para a mulher que tem de assumir a sua maternidade, quer para os beneficiários que se vêem impedidos de o fazer, contra a vontade de todos os intervenientes. Principalmente, não parece que assim se salvaguarde o interesse superior da criança (adiante analisado).

O artigo 39.º, por sua vez, criminaliza a maternidade de substituição nos seguintes termos: "quem concretizar contratos de maternidade de substituição

[23] Dada a regulação desta matéria no âmbito da legislação de técnicas de procriação medicamente assistida, poder-se-ia entender que estaria excluído o *método tradicional* (relação sexual), exemplificado pela história biblíca de Sara, Abraão e Hagar (cfr. Nota 5). Parece-nos, no entanto, que as questões de fundo que existentes na maternidade de substituição se aplicam quer a mulher portadora seja inseminada com recurso a técnicas médicas ou a gravidez decorra de relação sexual – é a promessa de entrega da criança e renúncia aos poderes/deveres da maternidade que define e caracteriza a maternidade de substituição, e não a forma como é alcançada a gravidez. A título de curiosidade note-se que, ainda recentemente, veio ao conhecimento público um destes casos - o Senhor Demetrius Soupolos, estéril, alemão, pagou a um vizinho para engravidar a sua mulher, tendo relações sexuais com ela, durante um período de 6 meses (notícia disponível, entre muitos outros meios de comunicação, em http://www.trcbnews.com/truth-is-stranger-than-fiction/111739/, visitado a 28.05.2012).

[24] Os contratos de maternidade de substituição são permitidos em pouquíssimos países, encontrando-se, entre estes, Grécia, Canadá, Índia, alguns estados dos Estados Unidos da América, e, em excepcionais situações, Inglaterra.

[25] A gravidez pode ser um longo período de grande instabilidade emocional, em que se estabelece um vínculo afectivo entre a portadora e a criança gerada no seu ventre. A questão do arrependimento da mãe portadora é a problemática mais comum no histórico da maternidade de substituição, e constitui a grande causa dos litígios entre a mãe gestacional e os beneficiários. O direito (ou não) ao arrependimento será analisada adiante.

a título oneroso" (número 1), bem como "quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público" (número 2), "é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias". Assim, não só a maternidade de substituição é, em Portugal, proibida, como a sua prática onerosa e a sua promoção, nos termos acima escritos, são criminalizados.

Parece-nos que a criminalização destes actos é excessiva. Figueiredo Dias refere, sobre a definição do comportamento criminal: "Mesmo que possa concordar-se que todo o crime se traduz num comportamento determinante de uma danosidade ou ofensividade social, a verdade é que nem toda aquela danosidade deve legitimamente constituir um crime"[26].

De facto, a legitimidade do Estado para qualificar, perseguir e condenar determinados comportamentos como criminosos (o direito de punir) tem o limite dos princípios da necessidade, da não intervenção moderada e da subsidiariedade do direito penal: "o Estado só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade (...), na medida em que isso se torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades"[27].

Parece-nos profundamente duvidoso que o acordo livremente celebrado entre os indivíduos envolvidos num contrato de maternidade de substituição constitua um dano social ou entrave ao funcionamento da comunidade. Mas, mesmo que assim se entenda, é ainda dúbia a legitimidade e justiça da sua criminalização. Cremos que a maternidade de substituição é matéria demasiado sensível para legitimamente se procurar impedir a sua ocorrência através de um mecanismo de prevenção tão repressor (e subsidiário) como a criminalização. Além de excessivo e desproporcionado, não se dirige a nenhuma das complexas questões suscitadas em redor da figura em análise, e coloca em causa o interesse superior da criança, mais do que o próprio acto punido, pois esta, além de ter uma mãe que não a deseja (já que a maternidade da criança será imposta à mãe gestacional), terá uma mãe presa.

Além do mais, suscita algumas dúvidas o significado de "*concretizar contratos*": falamos das partes contratantes?, dos progenitores beneficiários e da mãe de gestação?, dos médicos e demais pessoal envolvido, caso assim seja? E se o contrato não vier a executar-se, será, ainda assim, a sua celebração criminalizada?

---

[26] Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I (*Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*), 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 110. Guilherme de Oliveira também problematiza a criminalização da maternidade de substituição – apesar de esta, à data da obra em questão, não ser criminalizada -, em *Mãe há só Uma – o Contrato de Gestação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 78 ss.

[27] V. Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I (*Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*), 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 123. Sobre a definição do comportamento criminal, bem como os princípios mencionados, v. Capítulos 4.º a 7.º.

Note-se ainda que apenas a maternidade de substituição a título oneroso é punida criminalmente. O legislador português escolheu "diferenciar esses efeitos, consoante o negócio seja gratuito o oneroso. Assim, o negócio é sempre, do ponto de vista civil, nulo, e quando o negócio seja oneroso é cumulativamente aplicável uma sanção criminal"[28]. Isto parece significar que a maternidade de substituição a título gratuito é melhor tolerada pelo legislador português, podendo significar a abertura a eventuais alterações legislativas neste sentido.

Entre Dezembro de 2011 e Janeiro de 2012, foram apresentados na Assembleia da República os seguintes projectos de lei, visando a alteração à Lei PMA[29]: (i) projecto de lei n.º 122/XII, apresentado pelo Bloco de Esquerda, a 21.12.2011; (ii) projecto de lei n.º 131/XII, apresentado pelo Partido Socialista, a 6.01.2012; (iii) projecto de lei n.º 137/XII, apresentado por um Grupo Parlamentar composto por 5 deputados do Partido Socialista, a 11.01.2012; (iv) projecto de lei n.º 138/XII, apresentado pelo Partido Social Democrata, a 13.01.2012. Dos referidos projectos de lei, três visam propor alterações à Lei PMA no sentido da admissibilidade da maternidade de substituição. São, designadamente, o projecto de lei n.º 122/XII, o projecto de lei n.º 131/XII e o projecto de lei n.º 138/XII. No âmbito das iniciativas legislativas ora identificadas, e a solicitação da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, emitiram parecer o Ministério Público, a Ordem dos Advogados e o Conselho Superior da Magistratura, tendo aquela Comissão, e ainda a Comissão Parlamentar de Saúde, emitido igualmente o seu parecer[30].

Todos os referidos projectos consagram a gratuidade do contrato de maternidade de substituição, como condição do recurso a esta técnica de procriação medicamente assistida. Esta opção assenta no reconhecimento dos riscos de comercialização da maternidade e do corpo humano, de exploração de mulheres com escassos recursos económicos, e as preocupações com a dignidade humana relacionadas com a atribuição de um preço ao processo de maternidade em causa.

Outro requisito comum a todos os projectos, é o da excepcionalidade do recurso à maternidade de substituição, muito embora com leves diferenças. Assim: (i) o projecto de lei n.º 122/XII prevê a possibilidade de recorrer a esta técnica de procriação medicamente assistida apenas em caso de ausência, lesão ou doença do útero, que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher, e ainda, a

[28] V. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 64, de 1 de Abril de 2009, e disponível em www.dre.pt ou em www.tribunalconstitucional.pt): "O legislador não é necessariamente obrigado a criminalizar uma conduta, sempre que se entende haver um bem jurídico digno de tutela". V. também Jorge Figueiredo Dias sobre o princípio da necessidade, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I (*Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*), 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

[29] Todos disponíveis em http://app.parlamento.pt/.

[30] Todos disponíveis em www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36633.

título excepcional, noutras situações clínicas que o justifiquem, autorizadas pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, ouvida previamente a Ordem dos Médicos[31]; este projecto foi rejeitado a 20.01.2012; (ii) o projecto de lei n.º 131/XII prevê a possibilidade de recorrer a esta técnica de procriação medicamente assistida apenas em caso de ausência, lesão ou doença do útero, ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher, e, cumulativamente, autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, ouvida previamente a Ordem dos Médicos; este projecto prevê ainda que esta possibilidade seja restrita aos casos em que haja recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários; este projecto encontra-se, à data da preparação deste artigo, em apreciação na generalidade pela Comissão de Saúde da Assembleia da República; (iii) o projecto de lei n.º 138/XII prevê a possibilidade de recorrer a esta técnica de procriação medicamente assistida apenas em caso de ausência de útero na parceira feminina do casal, ou, alternativamente, em situações clínicas que o justifiquem, autorizadas pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, ouvida previamente a Ordem dos Médicos; este projecto encontra-se, à data da preparação deste artigo, em apreciação na generalidade pela Comissão de Saúde da Assembleia da República.

Visto o enquadramento actual da maternidade de substituição no ordenamento jurídico português – a proibição de contratos deste tipo, cominados com a nulidade e o reconhecimento da maternidade a favor da mãe de gestação, e, em certos casos, a sua criminalização -, caberá analisar os direitos fundamentais de personalidade envolvidos e averiguar se, e em que medida, eles podem ou devem obrigar a repensar o actual enquadramento, exigindo do legislador comportamento diverso.

III - Direitos de Personalidade

Os direitos de personalidade[32] são posições jurídicas inerentes à Pessoa, pela sua natureza humana e enquanto – na conhecida construção de Kant – fim em si mesma. Estes direitos estão intimamente ligados à mera existência e condição de ser de qualquer indivíduo e constituem situações jurídicas

[31] Este projecto de lei previa ainda a eliminação dos critérios de estado civil e orientação sexual dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida (apenas indivíduos heterossexuais, casados entre si), permitindo o acesso a todos os casais e a todas as mulheres, independentemente do seu estado civil, e bem assim o duplo reconhecimento das técnicas de procriação medicamente assistida como método subsidiário e, também, alternativo de procriação, não sendo exigível o diagnóstico de infertilidade. Este projecto era o mais ousado nesta matéria.

[32] Sobre os Direitos de Personalidade, António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo III (As Pessoas), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 29 ss (capítulo II: "O Direito de Personalidade").

básicas do homem, reconhecidas pela lei civil[33]. Protegem bens como a vida, a integridade física e moral, o nome ou a imagem, e são direitos absolutos – na medida em que são oponíveis a todos e não requerem uma relação jurídica, mas antes se consubstanciam na pessoa, simultaneamente seu objecto e titular -, não patrimoniais – na medida em que não têm correspondência monetária, ainda que alguns destes bens possam ser comercializáveis, como a imagem –, e irrenunciáveis – na medida em que são inatos à própria Pessoa e não se lhe podem ser dissociados ou definitivamente alienados.

Os direitos de personalidade constituem um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa[34]. Dada a sua imprescindibilidade, muitos destes direitos estão consagrados na Constituição da República Portuguesa (doravante, "CRP"), assumindo, nesses casos, o estatuto de Direito Fundamental, e beneficiando, assim, de um regime de protecção especialmente reforçado[35]. É o caso do direito à vida (artigo 24.º), o direito à integridade física e moral (artigo 25.º), o direito à identidade pessoal (artigo 26.º), o direito ao desenvolvimento da personalidade (idem), entre outros (todos artigos da CRP).

Muitos dos bens protegidos por direitos de personalidade e por direitos fundamentais são ainda protegidos internacionalmente, enquanto direitos do Homem, em declarações ou tratados internacionais, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos[36] e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[37], adoptados sob a égide da Organização das Nações Unidas, a

[33] José de Melo Alexandrino, Direitos Fundamentais, Introdução Geral, 2.ª edição, Principia, Lisboa, 2011, p. 34.

[34] Carlos Alberto Mota Pinto, Teoria geral do Direito Civil, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 87 ss.

[35] Sobre a distinção entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, escreve José de Melo Alexandrino que: "Os direitos previstos na Constituição, ainda que possam incidir sobre o mesmo objecto (imagem, bom nome, intimidade da vida privada) são direitos fundamentais e não direitos de personalidade, devendo a distinção entre ambos passar pelas seguintes ideias: (i) os direitos de personalidade estão previstos no Código Civil, ao passo que os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição – daí que os direitos de personalidade pertençam ao domínio do Direito Civil e os direitos fundamentais ao do Direito Constitucional (sendo regulados, estudados e protegidos pelos institutos, categorias e mecanismos do Direito Constitucional); (ii) os direitos de personalidade (por pressuporem relações de igualdade) não têm uma projecção especial face ao Estado, ao passo que os direitos fundamentais pressupoem sempre um relacionamento directo e uma especial vinculação ao Estado (...)" *(Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2.ª edição, Principia, Lisboa, 2011, pp. 34-35). Sobre o regime dos direitos fundamentais, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2006.

[36] Adoptada e proclamada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1948.

[37] Adoptado pela Resolução n.º 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966.

Convenção Europeia de Direitos Humanos[38], adoptada pelo Conselho da Europa, ou a Convenção Americana de Direitos Humanos[39], adoptada no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Assim, não se confundindo estas figuras jurídicas - direitos de personalidade, direitos fundamentais e direitos do Homem -, podem, no entanto, sobrepor-se relativamente ao bem protegido, caso em que a sua protecção é reforçadíssima, aplicando-se os respectivos regimes, institutos e mecanismos de garantia, dependendo da situação, sujeitos e reivindicação em causa. É a especial dignidade e inerência à Pessoa destes bens de personalidade que justifica a sua consagração em diversos níveis jurídicos, nomeadamente, e ao que ora nos importa, quanto à possibilidade de restrição dos mesmos, quer por terceiros - públicos ou privados, nacionais ou internacionais, estaduais ou não estaduais -, quer pelos próprios titulares (caso da renúncia).

Os que se analisarão de seguida são exemplo destes direitos super-protegidos, consagrados quer a nível civil (direitos de personalidade), quer constitucional (direitos fundamentais), pelo que os denominaremos "direitos fundamentais de personalidade" – isto é, direitos de personalidade reconhecidos na CRP. O seu reconhecimento obrigará a uma rigorosa delimitação da acção do Estado, relativamente aos mesmos. No âmbito da maternidade de substituição, é necessária a delimitação dos direitos em causa - dos beneficiários, da portadora da gravidez, da criança - para definir, e eventualmente limitar, a legitimidade de intervenção do Estado, no sentido da admissibilidade ou proibição da maternidade de substituição. Com efeito, se na maternidade de substituição estiver em causa o exercício de um direito (ou mesmo de vários) fundamental de personalidade, a autonomia privada e os limites da intervenção estadual que assistem à sua realização e exercício são rigorosíssimos, não podendo o Estado restringir tal direito em nome da mera sensibilidade moral, ou de determinados valores e princípios de alguns membros da sociedade, ainda que dominantes ou maioritários.

IV – Passo Preliminar: Autonomia Privada, Liberdade e Limites

A autonomia privada é um princípio transversal e basilar de todo o direito civil, o qual "se encontra directamente ao serviço da pessoa na sua vida com as outras pessoas, visando precisamente assegurar a autonomia e a realização da

[38] Adoptada em Roma, em 4 de Novembro de 1950, pelo Conselho da Europa, tendo entrado em vigor em 3 de Setembro de 1953.

[39] Também denominado Pacto de San José de Costa Rica, adoptada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de Novembro de 1969, tendo entrado em vigor em 18 de Julho de 1978.

personalidade"[40]. Nas palavras de Mota Pinto, a autonomia privada da pessoa "na modelação imediata da sua vida quotidiana liga-se umbilicalmente a uma concepção humanista ou personalista do Homem como sujeito da História: uma concepção que o reconhece como actor capaz de decidir o curso dos acontecimentos, com liberdade relativa num quadro de relativo indeterminismo, e de se manifestar contra a injustiça e os erros"[41].

A autonomia privada significa, assim, a regra geral de liberdade de acção; é reconhecida, ao ser humano, liberdade de decisão e condução da sua vida, pelo exercício da sua própria vontade, em todos os seus aspectos, podendo regulá-los livremente e estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Também o exercício dos direitos de personalidade deve ser desenvolvido num plano de autonomia: muito embora sejam irrenunciáveis, na medida em que estão intimamente ligados à Pessoa (que, enquanto existe, os detém), eles representam posições de liberdade, e nessa qualidade, implicam disponibilidade[42].

Caberá indagar se esta liberdade de decisão e condução da própria vida – enquanto regra geral de conduta - não justificará a admissibilidade da maternidade de substituição, enquanto fruto da vontade livre dos indivíduos envolvidos. Pergunta-se ainda se a autonomia privada não deverá conduzir à rejeição de interferência (ou admissão de interferência mínima) do Estado em decisões tão íntimas como as decisões reprodutoras, os projectos parentais ou a disposição do próprio corpo dos indivíduos; final e principalmente, pondere-se se essas decisões não correspondem ao exercício de direitos (fundamentais) de personalidade, razão pela qual a intervenção do Estado será ainda mais limitada.

Naturalmente, esta autonomia não existe toda-poderosa e sem limites, mas é temperada com limites determinados – as excepções que sempre confirmam a regra. O Código Civil reconhece isto mesmo, ao estabelecer que os indivíduos têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, criar e celebrar contratos diferentes daqueles legalmente previstos ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver, desde que dentro dos limites da lei (artigos 398.º e 405.º).

Um limite fundamental ao princípio da liberdade contratual, corolário da autonomia privada, encontra-se consagrado no número 2 do artigo 280.º do Código Civil, nos termos do qual os negócios contrários à ordem pública ou aos bons costumes são nulos.

Os bons costumes e a ordem pública são conceitos indeterminados e evolutivos, e, por isso, apenas determináveis em cada momento, analisando a sociedade numa óptica de actualidade. É essencial, para o efeito, a contextualização do conceito de bons costumes (ou seja, as regras éticas e de conduta próprias e

[40] Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 42 ss.

[41] Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 81 ss.

[42] António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral,* Tomo III (*As Pessoas*), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 107 ss.

vigentes na sociedade em cada momento), o qual correspondia, à época da sua consagração e décadas seguintes, a um código de decoro e pudor social que, nos dias actuais, já não vigora. A óptica da actualidade revela hoje uma sociedade multifacetada, democrática e pluralista, onde os valores correspondentes aos "bons costumes" são essencialmente aqueles tutelados pelo direito penal, e aqueles que, em última análise, repousam na dignidade humana, base constitucionalmente reconhecida do sistema jurídico português (conforme dispõe o artigo 1.º da CRP). Já a ordem pública dirá respeito aos princípios fundamentais do Estado e da sociedade, a maioria dos quais encontram-se consagrados na CRP, cuja violação choca e repugna as suas consciência e base jurídica.

Assim, caso se considere que os contratos de maternidade de substituição são contrários à ordem pública e/ou aos bons costumes, os mesmos deverão ser nulos, mesmo sem necessidade de proibição expressa - poder-se-ia, aliás, questionar se a previsão expressa de nulidade destes contratos não poderia/deveria ser interpretada precisamente no sentido de aquela não violar a ordem pública ou os bons costumes (caso em que não necessitaria de proibição expressa), sendo antes uma opção político-legislativa.

Mesmo o exercício dos direitos de personalidade – onde a autonomia privada deve ser ampliada - tem limites. Nesse sentido, o Código Civil admite a liberdade de limitação voluntária ao seu exercício, desde que não seja contrária aos princípios da ordem pública (número 1 do artigo 81.º do Código Civil). Assim, são válidas, por exemplo, determinadas restrições à integridade física, como a sujeição a certas intervenções médicas, e já não qualquer lesão do bem vida. É admissível, nomeadamente, que um lutador de boxe se disponha a ser ferido na sua integridade física, por via da própria luta; mas já não será admitida a mutilação a pedido do próprio, pois este consentimento é contra a ordem pública. Da mesma maneira, o comportamento sexual libertino não é recriminado (do ponto de vista jurídico, não moralista e não religioso), mas um contrato nos termos do qual alguém se obriga, contra o pagamento de um preço, a prestar serviços sexuais já não será conforme à ordem pública.

Note-se que, no âmbito da limitação voluntária dos direitos de personalidade, já não são legalmente invocados os bons costumes. Pergunta-se se um contrato que, consubstanciando uma limitação de um direito de personalidade, viole alegados bons costumes, será nulo. Parece que, ao exercício dos direitos de personalidade – entendendo-se, no seu âmbito, o direito a limitá-lo – deve ser concedido amplo espaço de liberdade. A interpretação comparada entre os limites à liberdade contratual e aqueles à limitação voluntária dos direitos de personalidade parece apontar para uma maior restrição dos primeiros, em benefício dos segundos: assim, se eu posso limitar os meus direitos de personalidade, devo poder contratar nesse sentido.

Faltará um requisito à validade da renúncia dos direitos de personalidade: a sua livre revogabilidade, prevista no número 2 do artigo 81.º do Código Civil – questão que, como se verá, trará muitos problemas à colação, nomeadamente,

relativamente ao direito ao arrependimento, pois, no âmbito da maternidade de substituição, a gravidez é, a partir de determinado momento da gestação, irreversível e irrevogável.

Em suma, o indivíduo tem liberdade geral de acção, desde que não viole a ordem pública, os bons costumes e os limites da lei. Em particular, estando em causa o exercício (que inclui a sua limitação ou renúncia) de um direito de personalidade, esta liberdade de acção é ainda mais ampla, incluindo a liberdade de revogação, unilateral, do consentimento dado.

Caberá, nesta liberdade contratual, o direito a celebrar um contrato de maternidade de substituição, gratuito ou mesmo oneroso, ou será este contrato, pelo contrário, violador da ordem pública e dos bons costumes? Note-se que, se reconhecermos, envolvidos na maternidade de substituição, determinados direitos de personalidade, os limites da liberdade do seu exercício (incluindo-se, no exercício, o direito de renúncia dos mesmos) serão apenas aqueles acima descritos. A autonomia privada do indivíduo poderá ser, assim, base de legitimidade para que uma mulher decida suportar uma gravidez por outrem, tomando essa decisão sem ou com intervenção mínima do Estado, o mesmo se dizendo relativamente ao indivíduo ou casal que decida ter um filho através do útero dessa mulher. Cabe perguntar se, existindo o acordo de todas as partes envolvidas na concretização de uma gestação de substituição, poderá o Estado legitimamente impedi-lo, restringindo a sua autonomia privada: a que título, com que legitimidade e em nome de quê?

O exercício de direitos de personalidade pelo indivíduo deve ser sempre temperado com os limites da autonomia privada, isto é, os contratos de maternidade de substituição podem ser proibidos (embora não criminalizados, no nosso entendimento) se considerarmos que violam a ordem pública. Já não o poderão ser por confronto com alegados bons costumes, aos quais não é atribuído, como visto, carácter de limite ao exercício dos direitos de personalidade. Mas partindo do reconhecimento de determinados direitos fundamentais de personalidade – isto é, direitos de personalidade reconhecidos na CRP -, vamos mais longe: a admissibilidade de intromissão do Estado nos mesmos, enquanto restrição ou limite do seu alcance e extensão, deve observar termos mais restritos, como se verá.

V – Perante Direitos Fundamentais: Restrições às Restrições

Como acima referido, os bens de personalidade – vida, integridade física e moral, desenvolvimento da personalidade, entre outros –, pela sua especial natureza e dignidade, são muitas vezes consagrados também na CRP, sendo-lhes conferido estatuto de direito fundamental, e gozando, portanto, de especial protecção. É o caso dos direitos de personalidade envolvidos na maternidade de substituição, como adiante se verá, pelo que se assumirá a aplicação do regime

daí decorrente, o qual ora se explicará. Note-se que a possibilidade de limitação dos direitos de personalidade é francamente mais ampla que aquela permitida aos direitos fundamentais de personalidade, onde, por exemplo, não há qualquer consagração de ordem pública. Assim, a análise destes direitos à luz da CRP não é mero exercício académico, mas tem enorme relevância prática na aplicação do respectivo regime, em particular, relativamente às restrições permitidas.

A CRP estabelece, no seu artigo 18.º, regra fundamentalíssima deste regime: "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (número 2), "revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais" (número 3). Esta norma estabelece uma regra restritiva das restrições, através do superior princípio da proporcionalidade[43]. Assim, qualquer restrição de um direito fundamental só será válida se cumpridos os seguintes requisitos: (i) adequação (ou idoneidade), isto é, a restrição deve ser meio adequado e idóneo para a prossecução do fim visado (o qual deve corresponder ao ponto (iii)); (ii) necessidade (exigibilidade ou indispensabilidade), isto é, a restrição deve ser indispensável e ter apenas a medida estritamente necessária, proibindo-se o excesso; e (iii) proporcionalidade (em sentido estrito), ou seja, a restrição deve ser feita em nome de fim proporcional e digno de tutela equivalente (outro direito de igual natureza ou princípio ou interesse constitucionalmente protegido), exigindo-se aqui uma medida justa entre meios (a restrição) e fins (o direito, interesse ou princípio a proteger).[44]

Relativamente ao princípio referido no ponto (i), é exigido que a restrição seja medida capaz de obter o resultado alcançado. Naturalmente, uma restrição sem efeito útil perde o seu sentido e a sua justificação e legitimidade, e o direito restringido deve ser devolvido à sua integral extensão. O princípio referido no ponto (ii) impõe o não excesso e a intervenção mínima, isto é, proíbe qualquer restrição ou medida de restrição que vá além da medida necessária para o efeito pretendido. Tratando-se de direitos fundamentais, a sua restrição deve ser excepcional e limitar-se à medida mínima necessária. No ponto (iii), é enunciado o princípio segundo o qual a restrição só se pode admitir e justificar para salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente constituído, por exemplo, um direito fundamental de outro indivíduo que esteja em conflito com aquele a restringir, ou a dignidade humana, prevista no artigo 1.º (e outros) da CRP. Isto significa que os direitos fundamentais não podem ser objecto de

[43] V. José de Melo Alexandrino, numa explicação bastante clara do princípio da proporcionalidade, em *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2.ª edição, Principia, Lisboa, 2011, p. 134 ss.

[44] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 18.º.

restrição em nome de um "bem menor", que não tenha, pelo menos, dignidade equivalente ao direito restringido.

Faça-se referência, a este respeito, à declaração do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, pronunciando-se sobre o tema da infertilidade e das técnicas de procriação medicamente assistida nos seguintes termos: Não é justo nem eticamente fundamentado, sendo antes injusto e desproporcionado, barrar a possibilidade de ter filhos a pessoas impossibilitadas de procriar em situações medicamente verificadas e justificadas[45]. Com efeito, o reconhecimento de direitos fundamentais de personalidade, envolvidos num contrato de maternidade de substituição, elevará o critério da proporcionalidade (em todos os seus subprincípios) a condição da admissibilidade de intervenção restritiva por parte do Estado nesta matéria. Cabe então perguntar se a proibição liminar da maternidade de substituição não será restrição desproporcionadíssima dos direitos em causa; e se não será mais conforme ao regime dos direitos fundamentais de personalidade (nomeadamente o direito a constituir família, o direito a dispor do próprio corpo e o direito ao desenvolvimento da personalidade) admitir a maternidade de substituição, sob critérios estritos e cuidadosamente regulamentados. A criminalização da maternidade de substituição, por outro lado, deixa menor espaço à dúvida: é certamente desproporcionada esta forma de intervenção do Estado, com resultados nefastos e excessivos para os todos os intervenientes, os quais não provocam nem constituem um perigo para a vida em sociedade.

Às restrições dos direitos fundamentais é imposto ainda um limite adicional: as mesmas não podem diminuir a extensão ou o alcance do seu conteúdo essencial, isto é, o seu conteúdo mínimo irredutível. Sobre o que seja este conteúdo, Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam: "A questão do conteúdo essencial de um direito não pode equacionar-se senão em confronto com outro bem; mas nos termos da Constituição, nunca essa ponderação poderá conduzir à aniquilação de qualquer direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é um mais em relação ao princípio da proporcionalidade. A própria definição de conteúdo essencial é, por isso mesmo, controvertida. Umas vezes, aponta-se como critério saber se a restrição deixa algum sentido útil ao direito fundamental, isto é, se há possibilidade de este, depois de restringido, ainda poder desempenhar a sua finalidade; outras vezes, o núcleo essencial é identificado com a subsistência de um mínimo de autonomia da posição jurídica do cidadão face ao Estado, havendo intromissão no núcleo essencial quando o cidadão for convertido em mero objecto da actividade estadual"[46]. Este requisito assume a maior importância, no âmbito

[45] Comunicação proferida pelo Senhor Vice-Presidente do CNPMA, Prof. Doutor Salvador Massano Cardoso, na Conferência do CNECV "As Leis da IVG e da PMA – Uma Apreciação Bioética", em 17 de Maio de 2011, no Porto.

[46] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 18.º.

da discussão da admissibilidade da maternidade de substituição, naquelas situações em que os potenciais beneficiários não são elegíveis para recorrer a qualquer outra técnica de procriação medicamente assistida – nestes casos, pode considerar-se que o conteúdo mínimo do direito (discutível, como adiante se verá) a constituir família é totalmente negado. Pense-se que o progresso científico permite que estes beneficiários reproduzam o seu material genético, que em alguns países esta possibilidade é até permitida, e que esta técnica seria a única forma de procriar disponível para estes indivíduos.

Já relativamente à possibilidade de renúncia de um direito fundamental de personalidade – expressão máxima da liberdade de exercício de um direito será a liberdade negativa desse direito, isto é, a sua auto-limitação -, parece-nos que esta questão não se colocará no plano do direito fundamental, o qual será inseparável do indivíduo em si mesmo e perante o Estado, mas antes no plano individual das relações civis, fundadas no princípio geral da liberdade. Sobre a liberdade dos indivíduos relativamente ao exercício dos seus direitos fundamentais, entende (e bem) José de Melo Alexandrino que "o fundamento do poder de renúncia encontra-se no primeiro dos elementos estruturantes materiais do sistema – no princípio da liberdade. Porque os direitos, liberdades e garantias são expressão de liberdade, têm por fim a liberdade e se realizam na liberdade, é antes de mais ao beneficiário da liberdade (à pessoa humana concreta) que deve ser reconhecido o poder de definir o conteúdo e o uso concretos da sua liberdade, do mesmo modo que lhe foi reconhecida (...) a primazia na definição do conteúdo da sua dignidade. (...) [A]o titular dos direitos deve ser em regra reconhecido um poder de definição de prioridades na realização concreta da sua esfera de liberdade"[47]. Assim, a conteúdo da própria dignidade humana, relativamente a cada indivíduo, deve ser densificado e concretizado pelo próprio, na condução da sua vida, segundo um princípio de liberdade.

A CRP reconhece à dignidade humana o estatuto de princípio último onde repousa toda a sua ordem jurídica, ao dispor que "Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana" (artigo 1.º da CRP). Suportando toda a sua construção e "conferindo uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais"[48], encontra-se, com efeito, a dignidade humana. É esta a pedra basilar de todo o sistema jurídico-constitucional português, causa e condição dos direitos fundamentais de personalidade. Esta trave mestra, no entanto, não é um dado rígido e petrificado: "[a] dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante

[47] José de Melo Alexandrino, em *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2.ª edição, Principia, Lisboa, 2011, p. 150.

[48] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* Tomo IV, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 197.

a existência de uma constante antropológica, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana"[49].

Dignidade humana e autonomia privada não são, afinal, dados contrários que se devem contrabalançar, mas causas e condições recíprocas: a dignidade humana pressupõe a autonomia privada, enquanto liberdade geral de agir e conduzir a vida na própria pessoa e segundo a própria vontade, para o desenvolvimento máximo da personalidade do Homem; a autonomia privada parte da dignidade humana, na medida em que é em nome dela que se justifica e legitima. Se a dignidade humana é inerente ao ser da pessoa humana, então o seu agir deve ser livre, só assim se dignificando aquela[50].

VI - Direitos Concretamente em Causa

Vistos os limites que assistem ao exercício dos direitos fundamentais e ao princípio geral da autonomia privada - os quais justificam e legitimam a intervenção do Estado em certas matérias e cumpridos determinados requisitos -, cabe agora analisar os direitos concretamente envolvidos, e a medida em que eles podem (e/ou devem) ser restringidos, à luz daqueles limites; em particular, analisaremos se, e em que medida, a actual proibição da maternidade de substituição pelo Estado é conforme a estes limites.

(i) Direito a Constituir Família (Dos Beneficiários)

Dispõe o número 1 do artigo 36.º da CRP que "todos têm o direito de constituir família". Cabe analisar qual o alcance e conteúdo deste direito a constituir família, para perceber se o indivíduo se pode ancorar nesta disposição para justificar (e exigir?) a não proibição desta técnica de procriação medicamente assistida.

É pacífico o entendimento segundo o qual o direito a constituir família abrange um direito a ter filhos, entendido no sentido de liberdade de procriação,

[49] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 1.º.

[50] V. *Relatório PMA,* Agostinho Almeida Santos/Michel Renaud Pereira/Rita Amaral Cabral, membros do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2004, p. 17, onde se refere: "O princípio de não instrumentalização da pessoa humana merece um comentário: é necessário fazer a distinção entre o ser da pessoa e o seu agir. É evidente que, no seu agir, a pessoa presta serviços, realiza finalidade concretas, ajuda os outros; a acção humana possui finalidades particulares que são meios para a realização da pessoa, mas não meios para a sua instrumentalização. O trabalho, a prestação de serviços são meios (ou, no sentido largo, instrumentos) da realização da pessoa; nunca podem transformar o ser da pessoa num meio para a obtenção de outros fins. Aliás esta transformação esteve na base da escravatura. A dignidade humana opõe-se portanto a todas as formas de instrumentalização do ser da pessoa" (disponível em www.cnecv.gov.pt).

"não havendo lugar para interdições de procriação, limites ao número de filhos e esterilização forçada, que de resto não seriam compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação pessoal que lhe é inerente. Problemático é saber até que ponto é que o direito a ter filhos envolve um direito à inseminação artificial heteróloga (com esperma de terceiro) ou à gestação por "mãe de aluguer"[51].

Com efeito, deve questionar-se se o direito fundamental a constituir família abrange, liminarmente, o direito a ter filhos ou a recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida. Em particular, e em caso positivo, deve questionar-se se existe um direito a incluir, nelas, o direito a recorrer à maternidade de substituição, podendo inclusivamente questionar-se se existe sequer um direito a adoptar; ou se, pelo contrário, o "direito" a ter filhos é, ou deve ser, afinal, um mero desejo íntimo.

As respostas a estas questões não são unânimes na doutrina.

Pamplona Corte-Real sustenta que as práticas de procriação medicamente assistida correspondem ainda ao exercício do direito a procriar, o qual, nos termos da nossa lei, deve ter "um recorte conceptual alargado"[52]. Diogo Leite de Campos parece reconhecer este direito, ao entender que "trata-se, diria, de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental, a de procriar, que é, e deve ser, assegurada por constituições e leis ordinárias"[53]. Vera Lúcia Raposo entende que "a norma que mais directamente consolida os direitos reprodutivos é o direito a constituir família. Família, não apenas enquanto direito ao matrimónio, mas também direito a procriar [artigo 36.º da CRP], livre de obstáculos ao estabelecimento da filiação. (...) [N]o momento da feitura do preceito não se pensou na procriação mediante técnicas médicas, que à data estavam longe de constituir um problema jurídico. Mas a interpretação tem necessariamente que ser uma tarefa dinâmica, sob pena de a Constituição se tornar obsoleta e desadequada ao alucinante ritmo dos tempos"[54].

---

[51] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 36.º. Pensamos que estes Autores reconhecem o direito fundamental a procriar, apenas considerando que o mesmo pode estar sujeito a restrições, posição que condividimos inteiramente. V. também Jorge Miranda/Rui Medeiros, *CRP Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anotação ao artigo 36.º, do qual entendem poder extrair-se "um direito fundamental, não apenas a procriar, mas também ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e maternidade".

[52] Carlos Pamplona Corte-Real, "Os efeitos familiares e sucessórios (P.M.A.)", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles,* Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 355-356.

[53] Diogo Leite de Campos, "A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a omnipotência do sujeito", in *Revista da Ordem dos Advogados,* Lisboa, Ano 66, Vol. III, 2006, ponto 8.

[54] Vera Lúcia Raposo, "Direitos Reprodutivos", in *Lex Medicinae,* Ano 2, n.º 3, 2005, p. 117.

Já Guilherme de Oliveira defende que, "enquanto liberdade fundamental, o direito de procriar dê aos inférteis uma expectativa razoável e uma legitimidade de princípio para se socorrerem dos meios técnicos que a sociedade alcançou; porém, isto não pode significar a atribuição de uma legitimidade indiscutível para usar um qualquer meio concreto, tecnicamente possível, mas que ainda não foi objecto de uma apreciação pela comunidade ou foi mesmo reprovado"[55]. Tiago Duarte, concordando expressamente com este Autor, entende que "o art. 36.º n.º1 [da CRP] consagra [apenas] o direito a procriar e a ver a prole juridicamente reconhecida sem discriminações"[56]. Também Fernando Araújo entende que "a liberdade de procriar é um interesse muito relevante, mas a sua promoção a direito pode suscitar questões melindrosas"[57].

Em voto vencido no acórdão do Tribunal Constitucional que apreciou a inconstitucionalidade da Lei PMA, Benjamim Rodrigues considerou que "não existem dúvidas que a Constituição reconhece o direito de ter filhos a quem os pode gerar (artigo 68.º)", mas não entende que "ela reconheça qualquer direito fundamental a quem só os possa obter através da doação de terceiros, dado que se não se trata de uma prestação que o estado possa reclamar de terceiros ou satisfazer directamente".[58]

Este último argumento, contudo, não deve proceder: naturalmente, a tutela do direito a procriar, com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida ou por via natural, é, antes de mais, uma obrigação de não intervenção ou intervenção mínima, isto é, incumbirá ao Estado o dever de não intervir, pelo menos desproporcionalmente, no seu exercício, nos termos do artigo 18.º da CRP; o direito a procriar estabelece, em relação ao Estado, uma mera obrigação de meios, mas não de resultados. Acresce que esta obrigação de meios, quanto à procriação medicamente assistida, está prevista nos artigos 36.º e 67.º da CRP, vinculando o Estado a reconhecer e regulamentar a procriação medicamente assistida, garantir o seu acesso sem discriminações e proteger os interesses e direitos de todos os intervenientes.

---

[55] Guilherme de Oliveira, *Mãe há só Uma – o Contrato de Gestação,* Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 51.

[56] Tiago Duarte, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, 2003, Almedina, Coimbra, p. 35, fazendo ainda referência a Guilherme de Oliveira, "Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida", in *Revista da Ordem dos Advogados,* Lisboa, Ano 49, 1989, p. 774. Sem prejuízo, Tiago Duarte ressalva (citando Guilherme de Oliveira, "O estabelecimento da filiação, mudança recente e perspectivas", in *Temas de Direito da Familia,* Almedina, 1986, p. 107): "a resposta, porém, não deve considerar-se definitiva nesta segunda hipótese (mãe portadora que não contribui com o óvulo)".

[57] V. Fernando Araújo, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida,* Almedina, Coimbra, 1999.

[58] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 64, de 1 de Abril de 2009, e disponível em www.dre.pt, ou em www.tribunalconstitucional.pt).

Julgamos que a ordem jurídica portuguesa consagra um direito fundamental a procriar, através de recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, nos termos do artigo 36.º, número 1, da CRP[59]. A própria CRP impõe ao Estado, no já aludido artigo 67.º, no âmbito do seu dever de protecção da família, o dever de regulamentar a procriação medicamente assistida, em termos tais que salvaguardem a dignidade da pessoa humana (alínea e) do número 2 daquele artigo), admitindo, assim, um "pluralismo mundivivencial ou de concepções"[60], desde que sempre ancorado e respeitando tal dignidade. Esta norma reveste a maior importância, na medida em que reconhece a procriação medicamente assistida como fonte de relações familiares legítima, oferecendo ainda, expressamente, a referência normativa que deve pautar essa regulamentação[61].

Naturalmente, este direito, como qualquer outro, não é reconhecido de modo ilimitado e sem possibilidade de restrições. Assim, reconhecendo-se um direito a procriar com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, o exercício do mesmo deverá ser regulamentado. Esta regulamentação, no entanto, na medida em que estabelecer restrições ao direito a procriar, deverá obedecer aos limites já anteriormente referidos. Designadamente, as restrições deverão ser proporcionais, necessárias e adequadas à protecção de outros direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos. Finalmente, a intromissão do Estado no exercício do direito a procriar, mesmo com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, deverá respeitar o conteúdo mínimo do direito em questão, nos termos anteriormente referidos.

Poder-se-á questionar, então, se a proibição da maternidade de substituição não será inadmissível, por restringir o direito a procriar sem observância dos requisitos mencionados. Com efeito, em caso de impossibilidade de suportar uma gravidez por ausência ou lesão do útero da mulher potencial beneficiária, o

[59] Marta Costa, *Convivência More Uxorio na perspectiva de harmonização do Direito da Família Europeu: Uniões Homossexuais,* Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 535 ss.

[60] V. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 105/90, de 29 de Março (disponível em www.tribunalconstitucional.pt). V. também *Relatório PMA*, Agostinho Almeida Santos/Michel Renaud Pereira/Rita Amaral Cabral, membros do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2004, p. 17, disponível em www.cnecv.gov.pt.

[61] V. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 64, de 1 de Abril de 2009, e disponível em www.dre.pt, ou em www.tribunalconstitucional.pt): "O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio, a que o legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada «em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. A norma resolve, por um lado, a questão da admissibilidade constitucional da procriação assistida, ao estabelecer uma imposição constitucional de regulação; mas, simultaneamente, não reconhece um direito a toda e qualquer procriação possível segundo o estado actual da técnica, excluindo, à partida, as formas de procriação assistida lesivas da dignidade da pessoa humana (Gomes Canotilho/Vital Moreira, CRP Anotada, vol. I, 4.ª edição, Coimbra, pág. 859)".

conteúdo mínimo do direito a procriar será totalmente aniquilado e inexistente, sendo possível questionar se não é violado o número 3 do artigo 18.º da CRP, que limita as restrições legalmente admissíveis aos direitos fundamentais.

A questão é ainda mais pertinente, considerando o disposto no artigo 4.º da Lei PMA - nos termos do qual a utilização de procriação medicamente assistida só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade, para tratamento de doença grave ou prevenção do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Assim sendo, parece que os indivíduos inférteis, sempre se poderão reproduzir, já que o seu diagnóstico de infertilidade lhes confere o direito de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida; já as mulheres que, sendo férteis (e não podendo, por isso, recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida, nos termos do artigo 4.º da Lei PMA), não podem contudo suportar uma gravidez, por motivo de lesão ou ausência de útero, doença ou outro, nunca se poderão reproduzir, já que a única alternativa que se adapta ao seu problema é proibida, não lhes restando qualquer outra. Esta era, precisamente, a situação da Sra. Stern, no célebre caso *Baby M*[62]: a mulher beneficiária (a Sra. Stern) não era infértil, mas tinha sido diagnosticada com esclerose múltipla – doença não transmissível e menos hereditária do que qualquer histórico familiar de problemas cardíacos ou alergias -, pelo que o parto constituía um risco consideravelmente elevado para a sua saúde[63].

[62] Este caso ocorreu nos EUA, em 1986: dois cônjuges, heterossexuais, recorreram a um centro de tratamento de esterilidade, o qual operou como mediador entre o casal e uma mulher que estava disposta a ser fecundada com o sémen do cônjuge e a entregar a criança ao casal aquando do seu nascimento. Todavia, a portadora da gravidez arrependeu-se, recusando-se, a final, a entregar a criança. Os cônjuges pediram ao tribunal que a condenasse a tal, pois, por força do contrato celebrado entre as partes, a criança deveria ser considerada filha do casal. O tribunal decidiu que as partes tinham celebrado um contrato válido, pelo que a criança deveria ser entregue aos cônjuges. Posteriormente, o Supremo Tribunal de New Jersey modificou a decisão, deliberando que os acordos de maternidade de substituição só eram válidos se constituíssem o resultado de um acto de liberdade da mãe portadora da gravidez. O acordo foi considerado revogável relativamente aos direitos parentais. A maternidade foi reconhecida à mulher portadora, e a paternidade ao marido do casal de beneficiários. Não obstante, o Supremo Tribunal entregou a guarda da criança aos cônjuges, dado ter entendido que eles poderiam garantir-lhe um crescimento mais sereno e equilibrado. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de New Jersey, de 3 de Fevereiro de 1988. V. também, entre muitos, Marta Costa, *Convivência More Uxorio na perspectiva de harmonização do Direito da Família Europeu: Uniões Homossexuais,* Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 527 ss, e Paula Martinho da Silva/Marta Costa, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada,* Colecção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 58.

[63] Os estudos sobre esclerose múltipla, doença auto-imune, degenerativa e crónica, têm demonstrado que, embora o período da gravidez seja um periodo relativamente protegido relativamente à evolução da doença, este risco aumenta significativamente durante e após o parto (bem como em caso aborto espontâneo), pelo que a gestação levada a cabo

A proibição da maternidade de substituição, analisada nesta óptica, não será ilegítima, por desproporcionada, permitindo que as mulheres inférteis se possam reproduzir, mas já não aquelas que, sendo férteis, não podem suportar uma gravidez? Neste último caso, não haverá ainda violação do conteúdo mínimo do direito em causa, visto que não permanece salvaguardado qualquer conteúdo? Entendemos, com efeito, que o conteúdo mínimo do direito a procriar, no caso das mulheres férteis que não podem suportar uma gravidez, é integralmente aniquilado. Não será a proibição da maternidade de substituição uma restrição profundamente desproporcionada, injustificada e injusta – logo inconstitucional -, por violação do artigo 18.º da CRP? Questionamo-nos ainda se esta proibição não será maior violação da dignidade humana, por negar totalmente às mulheres que sofram de ausência ou lesão de útero, ou outra doença que as impeça de levar a cabo uma gravidez, a possibilidade de recorrerem à única técnica médica que se adequa à sua situação clínica, do que a admissibilidade da maternidade de substituição, ainda que em termos restritíssimos.

O argumento segundo o qual estaria ainda salvaguardado o conteúdo mínimo deste direito, na medida em que a adopção é sempre alternativa possível[64], não procede, no nosso entendimento. Naturalmente, "o interesse das crianças já existentes em encontrar uma família, e o conexo interesse de toda a sociedade em fornecer um lar a essas crianças, não pode ser menosprezado no momento de analisar a legitimidade das técnicas de procriação assistida e da maternidade de substituição (...) [mas] o mesmo argumento poderá invocar-se contra casais férteis. Por que lhe é permitido reproduzirem-se quando há tantas crianças por adoptar?"[65]

Com efeito, apesar das afinidades entre estes dois tipos de filiação, estão em causa institutos diferentes, e que podem corresponder a interesses diferentes. O desejo (e direito) de procriar não é equivalente ao desejo (e direito) de adoptar[66] e, reconhecendo-se a nobreza da decisão de adoptar, essa nobreza não pode ser

por uma mulher com esclerose múltipla acarreta sério risco para a sua saúde.

[64] Guilherme de Oliveira, "Legislar sobre Procriação Assistida", in *Temas de Direito da Medicina,* Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 49 ss; Francesca Cristiani, "In tema di rapporti tra inseminazione artificiale e adozione", in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987, pp. 1049 ss.

[65] Vera Lúcia Raposo refere: "Aliás, a sociedade, no seu todo, tem responsabilidades para com as crianças sem lar. Logo, não é legítimo colocar um encargo tão pesado sobre estas pessoas [inférteis], imputando-lhes toda a responsabilidade de encontrar um lar para abandonados." (*De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 23).

[66] V. Tiago Duarte, In *Vitro Veritas? A Procriaçao Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, 2003, Almedina, Coimbra, p. 91: "[E]nquanto se continuarem a estabelecer paralelismos entre este contrato e a adopção, a proibição continuará. Creio que já vai sendo tempo de não pretender regular da mesma forma, recorrendo à analogia, situações que, à partida, são diferentes, embora se reconheça terem pontos comuns".

imposta, exigida ou sequer esperada. Esta distinção é, aliás, a razão pela qual o projecto de lei n.º 131/XII (*supra* referido), no âmbito da alteração à Lei PMA, prevê a limitação do recurso à maternidade de substituição aos casos em que haja recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários: caso não exista qualquer vínculo genético com a criança que venha a nascer, deixará de estar em causa o exercício de um direito a procriar, pois não estaríamos em presença de situação distinta do instituto da adopção, caso em que se relativiza o interesse em "criar" um novo ser humano para os mesmos efeitos que assistem a este instituto.

Tudo considerado, cremos que, reconhecendo o direito fundamental a constituir família e, em particular, com o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida – sem nunca significar que o mesmo seja absoluto e ilimitado –, a intervenção restritiva, por parte do Estado, só deverá ser admitida em ponderação com outros direitos fundamentais, interesses e princípios constitucionalmente protegidos, como o superior interesse da criança ou a dignidade da pessoa humana, e sempre numa óptica de proporcionalidade e salvaguarda do conteúdo mínimo.

Com efeito, e nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o artigo 36.º da CRP "só poderá oferecer algum subsídio para a questão em conjugação com os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de direito democrático, que garantem simultaneamente a irredutível autonomia pessoal, bem como os seus limites"[67].

Resta notar que, caso não se encontrem reunidos os requisitos constitucionalmente estabelecidos, e já analisados, relativamente a restrições do direito fundamental a procriar, nomeadamente com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, a intervenção do Estado é inadmissível, e a regra deve ser a da liberdade das partes no exercício deste direito, em particular, a livre decisão e celebração de um contrato de maternidade de substituição.

(ii) Direito sobre o Próprio Corpo (Da Mãe de Gestação)

É pacífico que o indivíduo é dono e soberano do seu próprio corpo. O indivíduo tem o direito de decidir, por exemplo, fazer um ou sete piercings ou tatuagens, sujeitar-se a tratamentos de acupunctura ou a dolorosas sessões de depilação a laser, doar sangue, vender cabelo, frequentar um solário para queimar a pele, ser fumador, ter relações sexuais com quem e quantas pessoas entender ou mesmo submeter-se a intervenções cirúrgicas apenas para melhorar o aspecto físico. Não há dúvida de que, dentro de certos limites, temos o direito de dispor do nosso próprio corpo. Que limites serão esses? No âmbito da maternidade de substituição, uma mulher pode decidir levar a cabo uma gravidez em nome de outrem? Tenha-se em conta que a mulher portadora corre o risco de abortar, de

[67] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 36.º.

sofrer lesões graves e, em casos extremos, até de morte. Deve questionar-se se as mulheres têm, afinal, o direito a dispor do seu útero, decidindo gerar a criança de outrem, ou se, pelo contrário, o Estado deve (e tem legitimidade para) intervir neste acto de disposição do próprio corpo, proibindo-o.

O direito a dispor do próprio corpo compreende não só o direito à integridade física, a qual é inviolável (artigo 25.º da CRP) e protegida de agressões por quaisquer terceiros, incluindo o Estado (fundamento da criminalização, por exemplo, da agressão, da tortura ou da violação); mas também a autonomia privada na disposição do corpo, que permite a tomada de decisões sobre o mesmo. O direito a dispor do próprio corpo não é unanimemente entendido como um direito fundamental, mas apenas como uma manifestação da liberdade geral sobre a própria pessoa, reflexo da autonomia privada – caso em que o restritivo regime de restrições não se lhe aplicaria, mas antes o regime do Código Civil, designadamente os limites contratuais já anteriormente analisados. Com efeito, existe doutrina que entende que "o direito à integridade física e psíquica condiciona severamente a hipótese de se recortar constitucionalmente um direito a dispor do próprio corpo. Ressalvando as hipóteses de disposição do corpo com efeito post mortem (venda ou dação do cadáver ou parte dele), de substâncias regenerativas (sangue, medula óssea, pele, líquido seminal) ou de órgãos parcialmente doáveis a pessoas com relações de proximidade existencial (ex.: rins), o princípio é o da indisponibilidade do próprio corpo (...) corolário lógico do princípio da não venalidade do corpo"[68]. Este entendimento, segundo o qual não existe um direito fundamental à disposição do corpo, conduz à aplicação dos limites (anteriormente expostos) relativos à autonomia privada, e já não dos limites às restrições dos direitos fundamentais. Essa conclusão permitirá, por exemplo, que a sensibilidade moral se possa escudar nos bons costumes para justificar a nulidade dos contratos.

No entanto, ainda que assim se entenda, a imposição de limites à propriedade sobre o próprio corpo pelo Estado deve ser cautelosa e fundamentada. O corpo de cada um é o que de mais íntimo e próprio o indivíduo possui. Não sendo função do Estado tutelar a virtude ou a moral, ainda que dominante, em nome de quê poderá o Estado proibir determinados actos com o corpo, que não apenas aqueles concretizados em casos extremos que atentem contra a dignidade da pessoa humana? "Como compatibilizar, nalgumas situações, a suposta indisponibilidade e inviolabilidade corporal com a possibilidade de o Homem se autodeterminar racionalmente, auto-realizando-se, recusando por exemplo tratamento? A liberdade do Homem é "liberdade da decisão", não porém no sentido de eleição entre diversas possibilidades de acção mas no de decisão de ele e sobre ele: o Homem determina a sua acção através da livre decisão sobre si mesmo. Maxime, sobre o seu corpo"[69].

---

[68] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 25.º.

[69] Luísa Neto, "A revisão do conceito de "ordem pública"? Cinco considerações sobre a le-

Estamos perante um argumento de oposição à maternidade de substituição frequentemente esgrimido, segundo o qual a disposição do corpo inerente a esta técnica de procriação violaria a dignidade humana, permitindo a comercialização do útero e do corpo para satisfazer interesses reprodutivos de terceiros. Teríamos a instrumentalização do corpo humano, e, em consequência, da própria Pessoa. Vozes existem que chegam a comparar a maternidade de substituição à escravatura[70], no sentido em que o corpo – no caso, o útero – seria considerado objecto de propriedade, como uma casa ou um carro, cuja posse, gozo ou fruição se poderia dispor, emprestar ou locar.

Não deixa de ser curioso, no entanto, como nota Fernando Araújo[71], que a venda de sémen seja legítima e legal em muitos países, e não levante tamanha animosidade em defesa da dignidade humana, e em oposição da comercialização do corpo humano e das capacidades reprodutivas – mesmo por comparação à maternidade de substituição gratuita. "Conhecem-se os casos de doação de esperma tão popular entre os estudantes universitários que, não escondem, vêm nesta forma fácil e aparentemente altruísta uma modalidade de aumentar a sua mesada"[72] Na verdade, a disposição do corpo compreende actos tão intímos como doação de óvulos e sémen, de cabelo, de sangue, de medula, de pele, de órgãos – todos permitidos em Portugal.

---

gitimidade de intervenção do Direito na relação do sujeito consigo mesmo", in *Scientia Iuridica,* Braga, Tomo LX, N.º 326, 2011, p.331 ss.

[70] Entre muitos outros, v. Declaração conjunta sobre Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição: "*A comercialização anónima do corpo abre com efeito a via a novas formas de escravatura",* (disponível em http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36663).

[71] Fernando Araújo, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida,* Almedina, Coimbra, 1999, pág. 30.

[72] Paula Martinho da Silva/Marta Costa, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida,* Colecção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, anotação ao artigo art. 18.º. Em Portugal, no entanto, e nos termos deste artigo, "É proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA". "[Esta] disposição vai ao encontro do princípio de que o corpo humano não deve ser comercializado nem ao mesmo ser dado valor económico. Este princípio está subjacente a todas as situações que envolvam doação de partes do corpo humano, como é o caso, por exemplo, da doação de órgãos, mas também de tecidos ou células. No entanto, parece estar assente que os actos técnicos que envolvam estes materiais (pasteurização, recolha, teste, purificação, armazenagem, cultura, transporte) são excluídos desta proibição [neste sentido, Relatório Explicativo à Convenção de Biomedicina do Conselho da Europa, disponível em http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm]. Por outro lado, tais disposições não proíbem que o dador receba uma compensação que, não consistindo numa retribuição dada ao material biológico em si mesmo considerado, compense a pessoa dos incómodos e encargos em que incorreu com a dádiva."

Menos animosidade levanta, por exemplo, o comércio do sexo: a indústria pornográfica gera carreiras profissionais no âmbito das quais homens e mulheres, actores e actrizes, se obrigam a protagonizar cenas de sexo explícito e profissional. Estes mesmos homens e mulheres recebem um pagamento pelas suas actuações, pela utilização do seu próprio corpo para um dos actos mais íntimos do ser humano, com o objectivo de ser visionado por qualquer indivíduo. Parece que estamos perante uma realidade que, por excelência, instrumentaliza o corpo humano – e o acto sexual – para fins meramente lúdicos de terceiros. Certamente chocará a sensibilidade de muitos, mas a questão que deve ser analisada é a de saber se estamos perante uma violação dos bons costumes e da ordem pública. Deve questionar-se se não constituirão estes contratos – esta realidade – profunda violação da dignidade humana, instrumentalização absurda do corpo humano, e, em consequência, da própria Pessoa.

Parece que não, visto que o Estado não proíbe a celebração deste tipo de contratos (de trabalho?, de prestação de serviços?)[73], nem tão pouco a realização, produção ou comercialização de materiais ou conteúdos pornográficos.

Ora, assim sendo, como justificar que uma mulher possa oferecer o seu corpo e a sua actuação sexual a milhares de espectadores, a troco do pagamento de preço, com fins lucrativos e para fins superficiais de entretenimento, 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? Pergunta-se se a dignidade humana será violada neste último caso de forma particular, mas já não naquele primeiro.

Há ainda quem defenda que é "pelo menos tão difícil admitir que se possa comprar uma gestação como comprar serviços sexuais do domínio da prostituição"[74]. Com efeito, a prostituição não é generalizadamente aceite como consentânea de bons costumes e ordem pública. No entanto, embora não se crendo que pudesse ser requerida judicialmente a execução de um tal contrato (nos termos do qual uma parte se obriga a prestar um acto sexual, contra o pagamento de um preço), a prática da prostituição tão pouco é frontalmente proibida (ressalvando-se a criminalização do lenocínio, isto é, a exploração

[73] Em Portugal, apenas a pornografia de menores é criminalizada, no artigo 176.º do Código Penal, o qual dispõe: "Quem a) Utilizar menor em espectáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim; b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim; c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder; É punido com pena de prisão de um a cinco anos". O mesmo artigo pune ainda a prática dos actos anteriormente descritos com carácter profissional ou com intenção lucrativa; dos actos previstos nas alíneas c) e d), utilizando material pornográfico com representação realista de menor; a aquisição ou detenção dos materiais previstos na alínea b); e a tentativa de quaisquer dos anteriormente referidos.

[74] Guilherme de Oliveira, *Mãe há só Uma – o Contrato de Gestação,* Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 26.

profissional ou com intenções lucrativas do exercício, por outra pessoa, de prostituição[75]), e não havendo normas a proibir ou criminalizar a prostituição, como acontece com a maternidade de substituição.

Parece que o Estado, nos exemplos mencionados, se absteve de tomar posição ou imposição sobre os comportamentos das pessoas em causa, arredando pé para deixar que "cada um faça o que entender" – a autonomia privada -, desde que, com isso, não lese direitos de terceiros.

Cabe questionar se, no âmbito da maternidade de substituição, a preocupação relativamente à instrumentalização do corpo é coerente com os usos e costumes de disposição e comercialização do corpo vigentes; ou se visa, antes, a protecção de uma sensibilidade moral reticente perante a maternidade de substituição. Como justificar que o Estado proíba (e, em alguns casos, criminalize) que uma mulher disponha do seu corpo (do seu útero) para a gestação de filho de terceiro, e permita, por outro lado (e sem que esse facto levante grande animosidade), a doação de material genético ou a celebração de contratos no âmbito da pornografia, ou que não proíba, nem criminalize a prostituição?

Vera Lúcia Raposo entende que o direito a dispor do próprio corpo deve ser sempre analisado na óptica da autonomia pessoal, afirmando que: "De acordo com este princípio, cada pessoa é livre de escolher como conduz a sua vida e utiliza o seu corpo, desde que com isso não lese os outros. Aplicando-se este princípio à maternidade de substituição, conclui-se que as pessoas devem ser livres na realização da sua capacidade reprodutiva, seja colocando os seus "serviços reprodutivos" à disposição (gratuita ou onerosa) de terceiros, seja superando a sua incapacidade reprodutiva (com o auxílio das técnicas reprodutivas, ou com o auxilio de uma mulher que esteja disposta a gerar uma criança e, porventura, a transmitir-lhe o respectivo material genético)"[76].

É necessário reflectir se a possibilidade de celebração de um contrato de maternidade de substituição constituirá violação da dignidade humana, na medida

[75] Com efeito, em Portugal, a prostituição não é uma actividade ilegal, de acordo com o Código Penal. No entanto, não é permitido a um terceiro lucrar, promover encorajar ou facilitar a prostituição, sendo proibida a prostituição organizada tal como os bordéis, grupos de prostituição ou outras formas de proxenetismo. Neste sentido, o artigo 169.º do *Código Penal* dispõe: "Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de seis meses a cinco anos." (n.º 1). Estabelece ainda este artigo: "2 – Se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; É punido com pena de prisão de um a oito anos." O artigo 175.º do Código Penal criminaliza, em particular, o lenocínio de menores.

[76] Vera Lúcia Raposo, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição,* 2005, Coimbra Editora, Coimbra, p. 67.

em que permite a disposição, ainda que a título gratuito, do corpo humano. A mulher que se obriga a gerar um filho de outrém no seu útero terá o direito a utilizar o seu corpo desta forma e para estes fins? Caber-lhe-á, em última análise, a decisão sobre o que fazer com o seu útero, sem que o Estado possa decidir por ela? Ou pelo contrário, este acto viola a dignidade humana, podendo ou devendo o Estado intervir, como o faz, proibindo a técnica de procriação em causa?

O artigo 149.º do Código Penal, por seu lado, estabelece que "para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível" (número 1), acrescentando, no seu número 2, que "para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa". Bem se vê que, até em matéria criminal, o nosso ordenamento jurídico é relativamente tolerante à livre disposição do corpo, permitindo, inclusivamente, o consentimento na ofensa à própria integridade física; desde que este consentimento não viole os bons costumes, a disposição do direito à integridade física (repita-se, para efeitos da sua ofensa voluntária) é livre e válida.

Pressupondo que existe um consentimento informado e esclarecido, parece-nos que o acto de disponibilização, por uma mulher, do seu útero, não é mais violador da dignidade humana do que qualquer técnica de reprodução heteróloga – aquelas nas quais se recorre ao material genético de um terceiro, o qual doa (também) parte do seu sistema reprodutor em benefício de um projecto parental que lhe é alheio. Sob o critério da violação da dignidade humana por instrumentalização do corpo, não cremos que seja mais chocante a utilização de útero alheio, do que a fertilização com óvulo ou sémen alheio – caso em que os dados genéticos permanecerão vinculados à criança que vier a nascer durante toda a sua vida, e dos doadores.

Uma outra questão que se deve colocar relativamente ao direito sobre o próprio corpo, quando já exista gravidez, é a de saber se, e em que moldes, poderão os beneficiários da gestação exigir ou supervisionar determinados comportamentos da portadora, nomeadamente cuidados de saúde, abstenção de consumo de álcool, drogas ou tabaco, repouso e alimentação equilibrada. Estes cuidados são fundamentais para o bom desenvolvimento do feto, e não nos choca que a mãe hospedeira se possa obrigar a adoptar estes comportamentos – obrigações de *facere* e de *non facere*. Não cremos que a sua autonomia pessoal seja posta em causa; pelo contrário, a autonomia privada exprime-se, precisamente, na faculdade de assumir as obrigações dos contratos que entender celebrar e executar. Todavia, o que sucede se a portadora, a dado momento, se recusar a cumprir? Compreende-se que, não vindo a assumir qualquer maternidade, é possível que esta mãe portadora possa desresponsabilizar-se de alguns cuidados básicos a ter durante uma gravidez. Para esta mesma questão apontava já Guilherme Oliveira: "costuma também invocar-se que as mulheres que se prestam a gerar para outrem (...) tenderão a constituir uma relação afectiva deficiente com o feto em gestação. Este défice afectivo tenderá a exprimir-se num comportamento

menos indicado – no uso de drogas nocivas, no consumo de tabaco – sempre ao arrepio das prescrições médicas e com desrespeito manifesto dos contratos que normalmente estabelecem regras de conduta durante a gravidez. Este "estilo de vida" terá consequências perniciosas, e já hoje bem conhecidas, para o desenvolvimento da criança"[77]. Poderão estes ser-lhe impostos, sem coartar este direito de exclusiva disposição do próprio corpo? Que decisão judicial vai impor deveres de não fumar ou não ingerir álcool – e como executar tal decisão? Se a criança vier a nascer com deficiências ou patologias devido a comportamentos irresponsáveis da mãe portadora (que não virá a assumir a maternidade), poderão os beneficiários recusar assumir a criança, por incumprimento do contrato? Qual o destino desta criança?

O risco de insegurança do destino da criança é o mais forte argumento de oposição à maternidade de substituição. Relembre-se, no entanto, e como já referido, a opção do legislador a propósito da constituição da filiação por consentimento não adoptivo[78], disposta no artigo 1839.º, número 3, do Código Civil: proíbe-se que o homem que consentiu na inseminação da mulher com sémen de terceiro (doador) possa voltar atrás na palavra, impugnando a paternidade da criança. Ou seja, na situação em análise, o consentimento na inseminação da mulher por sémen de terceiro determina definitivamente o estabelecimento da filiação da criança que vier a nascer, e – note-se – vincula o cônjuge que o deu, o qual sempre virá a assumir a paternidade, mesmo que contra a sua posterior vontade. Admite-se uma solução deste género também para a maternidade de substituição. Neste termos, o abandono de um filho gerado através da maternidade de substituição por deficiência repugnará tanto quanto o abandono, pelos mesmos motivos, de um filho genética, biológica e afectivamente relacionado com os progenitores.

A complexidade desta questão é ampliada, se considerarmos a matéria do aborto: a mãe de gestação poderá decidir interromper a gravidez, sem mais? Como já vimos, toda a limitação voluntária de direitos de personalidade é revogável (artigo 81.º, número 2, do Código Civil). No entanto, mesmo os defensores mais acérrimos do direito à interrupção da gravidez não excluem da discussão a ponderação do valor da vida, ainda que potencial. Ora não sendo 'seu' o filho que gera no ventre, a portadora poderá livremente interromper a gravidez, sem o consentimento dos progenitores beneficiários, com base no seu direito de dispor do próprio corpo? Esta questão é especialmente delicada no caso em que os beneficiários são ambos progenitores genéticos da futura criança, cumprindo a portadora a 'mera' função de hospedeira.

A actual regulação da interrupção voluntária da gravidez (prevista nos artigos 140.º a 142.º do Código Penal) parece indicar resposta positiva, nesta

[77] Guilherme de Oliveira, *Mãe há só Uma – o Contrato de Gestação,* Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 37.

[78] Cfr. Nota 17, *supra.*

matéria, mesmo quando os beneficiários da maternidade de substituição sejam os progenitores genéticos da criança. De facto, actualmente a mulher pode optar abortar livremente nas dez primeiras semanas de gravidez, sem qualquer necessidade de consentimento do futuro pai da criança, o que aponta para uma prevalência do direito a dispor do próprio corpo, sobre o interesse dos futuros progenitores. Ora, sendo esta a regra, a mulher portadora da gravidez, na maternidade de substituição, poderia decidir abortar nos termos deste artigo, mesmo que não tivesse qualquer relação genética com o feto, e ainda que os beneficiários tivessem, ambos, este vínculo. Considerada a opção legal relativa à interrupção voluntária da gravidez, e ainda que não concordemos com os seus termos (questão cuja análise não teremos, nesta sede, oportunidade de desenvolver), parece que o ordenamento jurídico responde a esta questão, dando particular peso e relevância ao direito a dispor do próprio corpo, ainda que não se lhe reconheça o estatuto de direito fundamental.

Mais complicada será a questão de saber se os progenitores beneficiários poderão requerer que a portadora aborte, por qualquer motivo – malformação do feto, incumprimento de cuidados e conduta acordados adoptar durante a gravidez pela mãe portadora ou até mero arrependimento. No entanto, considerado o regime legal da interrupção voluntária da gravidez lícita, acima analisado, a resposta não pode deixar de ser a mesma: também aqui, é a portadora quem decide, em última instância, o que fazer com o seu corpo, e pode não querer sujeitar-se a um procedimento tão sério como este, ou até recusar-se por objecção de consciência. Mas nesse caso, surge outro problema: se a gravidez só é levada ao seu termo por decisão da portadora, quem assume a criança, no final? Fará algum sentido a imposição, à portadora da gravidez, de uma maternidade, como moeda de troca e condição do exercício do direito a dispor do corpo?

Repita-se tudo quanto se disse relativamente ao estabelecimento de filiação por consentimento não adoptivo. Entendemos que, a admitir-se a maternidade de substituição, o acordo dos beneficiários não deve permitir que estes denunciem o contrato, uma vez iniciada a gravidez, do mesmo modo que não se permite que o marido da mulher inseminada com sémen de dador revogue o consentimento dado ao estabelecimento da paternidade. Defendemos também que o consentimento dado pela mãe portadora deveria, pelo menos, vinculá-la a abster-se de interromper voluntariamente a gravidez em curso (salvo se a mesma puser em risco a sua saúde ou integridade física), da mesma maneira que considerámos admissível, *supra*, a vinculaçao da mãe portadora a adoptar determinados comportamentos (obrigações de *facere* e de *non facere*), tendo em vista o saudável e regular desenvolvimento da gravidez. Não podemos, no entanto, desconsiderar que a actual legislação sobre a interrupção voluntária da gravidez, tal como vigora, releva com particular incidência o direito de disposição sobre o próprio corpo, e não exige mais consentimento que o da mulher grávida.

Em suma, não vemos razão suficiente para que o Estado se deixe repugnar com a disposição do corpo no âmbito da maternidade de substituição, sendo

tolerante relativamente a outras matérias de igual ou superior sensibilidade. Tão-pouco aceitamos a relevância de eventual repulsa da sociedade, na medida em que essa sensibilidade não concida estritamente com a ordem pública, ou não constitua direito fundamental ou outro interesse constitucionalmente protegido, que conflitue com a disposição do próprio corpo no âmbito da maternidade de substituição. Cremos que esta sensibilidade não constitui ordem pública nem outro valor constitucionalmente protegido, mas está, antes, relacionada com valores e morais próprios de determinados indíviduos e sectores da sociedade, que devem ser protegidos com o mesmo vigor que merecem valores e morais opostos. Sendo (ou devendo ser) a sociedade pluralista e democrática, consideramos que existe (ou deve existir) espaço legalmente protegido para todo o tipo de valores e visões. Com efeito, "se as proibições de dispor se impõem normalmente em favor de determinados sujeitos que são os beneficiados pela proibição, para nós trata-se de saber se do suposto benefício legal não pode resultar uma situação que acabe por manietar o sujeito que visava supostamente beneficiar."[79]. Nesta medida, não compreendemos que o Estado possa intervir no direito a dispor do próprio corpo da mãe de gestação, permitindo-lhe, nomeadamente, que disponha do seu sexo, mas proibindo-a de dispor do seu útero.

(iii) Direito ao Desenvolvimento da Personalidade (de Todos os Intervenientes)

A CRP reconhece a todos, desde a revisão constitucional de 1997, o direito ao desenvolvimento da personalidade, no número 1 do seu artigo 26.º. O alcance deste direito é abstracto e bastante abrangente, sendo muito discutido na doutrina. Oliveira Ascensão[80] comenta: "À primeira vista, é estranho. Dir-se-ia que cada um desenvolve como quer a sua personalidade, sem que interferências exteriores o possam impedir". Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que este direito "não pode ser encarado apenas como uma liberdade ou direito geral ("direito geral de liberdade") de natureza complementar ou subsidiária. Na qualidade de expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, ele constitui um direito subjectivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de acção como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade desta"[81]. Estes autores ensinam, assim, que este direito se concretiza na formação livre da personalidade, sem intervenção ou imposição de modelos pelo Estado; e na liberdade de acção, por outro, baseada na

[79] Luísa Neto, "A revisão do conceito de "ordem pública"? Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação do sujeito consigo mesmo", in Revista *Scientia Iuridica,* Braga, Tomo LX, N.º 326, 2011, pp. 331 ss.

[80] José Oliveira Ascensão, "A Dignidade da Pessoa e o fundamento dos direitos humanos", in *Revista da Ordem dos Advogados,* Lisboa, Ano 68, Tomo I, 2008, pp. 97 ss.

[81] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 26.º.

dignidade humana e consequente reconhecimento do Homem como ser dotado de capacidade decisória para determinar o seu próprio projecto de vida. Assim, a Pessoa tem o direito de tomar as suas próprias decisões, desde a maneira como se veste e a música que ouve às ideias que defende, a carreira que escolhe ou os projectos de parentalidade que traça.

O direito ao desenvolvimento da personalidade compreende a essencialíssima vertente de liberdade de autodeterminação e autoconformação da identidade, integridade e conduta da Pessoa, subentendendo a proibição, como regra geral, de ingerência dos poderes públicos.[82] Neste sentido, o direito de desenvolvimento da personalidade é o direito fundamental mais próximo da autonomia privada, implicando a abstenção do Estado de se intrometer nas decisões do indivíduo, o qual deve ter um amplo espaço de liberdade para decidir o modo de condução da sua vida. No âmbito da maternidade de substituição, é necessário averiguar se este direito abrange ainda as decisões reprodutivas dos indivíduos, no caso, dos beneficiários da maternidade de substituição, que decidem recorrer a este método, e da mãe de gestação, que decide suportar a gravidez em nome daqueles[83]. Os mesmos exemplos utilizados no capítulo anterior também aqui servem: um indivíduo pode desenvolver a sua personalidade, nomeadamente, fazendo determinadas opções profissionais – como escolher ser actor pornográfico, doar o seu sémen ou óvulos, consentir validamente numa ofensa à sua integridade física -, mas já não poderá recorrer à maternidade de substituição ou disponibilizar-se para gerar um filho por outrem. Qual é, afinal, o limite da liberdade de conformação da personalidade, e onde termina a minha capacidade de livremente definir os meus valores, projectos de vida e objectivos? Pensamos que, neste âmbito, enquanto não se lesem direitos de terceiros, nem se violem interesses constitucionalmente protegidos, a sociedade deve ser pluralista e tolerante, permitindo todo o tipo de escolhas e projectos de vida. A liberdade

[82] "*O desenvolvimento da personalidade transporta também uma dimensão de liberdade indispensável à autoconformação da identidade, da integridade e conduta do indivíduo. Neste contexto, o direito ao desenvolvimento da personalidade pressupõe, desde logo, a existência de proibição de ingerências dos poderes públicos*", J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 26.º.

[83] Vera Lúcia Raposo considera, a este respeito que "[a] mesma liberdade que deve proteger a mulher de intromissões estaduais nas suas decisões reprodutivas (tais como o livre acesso ao aborto ou a contraceptivos, segundo o "women's body, women's rights") deve permitir-lhe contratar nestes termos [de maternidade substituição]", *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição,* 2005, Coimbra Editora, Coimbra, p. 45. V. ainda Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 18.04.1998, publicado no Diário da República, I Série A, n.º 91 (e disponível em www.dre.pt ou em www.tribunalconstitucional.pt), considerou não inconstitucional a proposta que lhe havia sido submetida, na parte em que admitia a interrupção da gravidez em determinadas situações, invocando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

individual de conduzir a própria vida segundo determinados princípios e valores não deverá reprimir liberdades diversas, e esta conciliação, baseada na velha máxima "a minha liberdade acaba onde começa a liberdade do outro", deve ser construída com especial cuidado, tratando-se de direitos fundamentais. A função do Estado, neste âmbito, é a de proteger a linha de confronto entre as liberdades de uns e de outros, permitindo, em tudo quanto exceda essa tarefa, que os indivíduos vivam, desfrutem e concretizem os seus princípios, valores e projectos em liberdade e tolerância, sem que ele próprio adopte posições quanto aos mesmos, salvo se estiver em causa outro interesse constitucionalmente protegido (como a dignidade humana, questão que analisaremos adiante).

Posto isto, cumpre indagar também se o mesmo direito ao desenvolvimento da personalidade que permite legitimar que alguém possa decidir contratar uma mulher para suportar uma gravidez em seu nome (dentro de determinados requisitos), bem como a decisão da própria mulher hospedeira nesse sentido, não permitirá também fundamentar um "direito" ao arrependimento (pedra-toque da problemática da maternidade de substituição), ainda que em incumprimento do contrato. Com efeito, admitir a celebração de contratos de maternidade de substituição implica admitir também, como em qualquer contrato, a possibilidade de incumprimento do mesmo por qualquer uma das partes. Na verdade, em qualquer contrato, as partes têm a liberdade de facto de incumprir obrigações, sujeitando-se, naturalmente, às respectivas consequências. No entanto, no âmbito de contratos de maternidade de substituição, qualquer eventual incumprimento supera as partes envolvidas, podendo existir já uma criança nascida, e os danos que podem advir desse incumprimento são irreparáveis por mera indemnização a título de resolução por incumprimento. A natureza da maternidade de substituição obriga a ponderar todos os cenários possíveis: o incumprimento por qualquer uma das partes poderá deixar à mãe portadora as hipóteses de assumir a criança nascida que não quis perfilhar ou entregá-la à adopção, aos beneficiários o drama de perderem o filho que consideram seu, e à criança nascida – o mais grave dos cenários – o abandono por todos os intervenientes. A análise da admissibilidade da maternidade de substituição não poderá, assim, deixar de reflectir e acautelar a hipótese do arrependimento. Pergunta-se se algum dos intervenientes poderá, como com qualquer outro contrato, resolver o contrato de maternidade de substituição, e não se admitindo essa resolução, quais as consequências do seu incumprimento, não apenas em relação aos danos ou eventual indemnização (deve admitir-se?), mas também e principalmente à criança que, entretanto, nascerá. Já se antevê que as dificuldades opostas à maternidade de substituição vão desembocar na necessidade de salvaguarda do superior interesse da criança (do qual *infra* nos ocuparemos).

Relativamente aos beneficiários, já foi exposto *supra* o nosso entendimento: é razoável impor a estes intervenientes, a partir do seu consentimento, a maternidade e/ou paternidade da criança que vier a nascer, com as consequências normalmente impostas a quaisquer titulares de responsabilidades parentais.

Quanto à mãe de substituição, porém, a questão é mais delicada, dado o inevitável vínculo afectivo (e, naturalmente, biológico) com a criança que tem dentro de si durante um período de nove meses. Será que a esta mulher pode, a meio ou no termo da gravidez, decidir ficar com a criança? Será uma violência inaceitável "arrancar" a criança dos braços desta mulher?

Cremos ser questionável que a maternidade biológica, isto é, aquela que se estabelece pelo nascimento, seja de tal modo relevante que deva, inclusivamente, superar a maternidade genética. Não nos parece líquido que o vínculo estabelecido pela mulher portadora com a criança que leva no ventre seja mais relevante ou mais forte do que o vínculo genético, através do qual se transmitem, inclusivamente, traços físicos e de personalidade, que definem e acompanham a criança por toda a sua vida. Há quem defenda, inclusivamente, que "mãe há-de ser a que transmite o património genético pois só é esse insubstituível, único e irrepetível. É face a ela que se vão estabelecer os impedimentos matrimoniais não obstante se reconhecer que a mãe uterina também beneficia de uma relação forte, certamente inesquecível, com a criança que dá à luz (...) mas não é mãe"[84].

Concordamos com este entendimento: parece-nos que, na situação em que os beneficiários tenham ambos contribuído com os seus materiais genéticos (óvulos ou sémen) para a gravidez, a portadora não poderá reivindicar a maternidade da criança que vier a nascer. Naturalmente, este raciocínio obriga a uma adaptação ou alteração das regras do Código Civil relativamente ao critério de estabelecimento da maternidade, mais conforme com as avançadas técnicas de procriação medicamente assistida hoje existentes, como anteriormente referido.

A situação é, porém, mais complexa, em caso de reprodução heteróloga, isto é, recurso a material genético (esperma, óvulos ou embriões) de um terceiro, dador; em particular, se a própria portadora é dadora, tendo contribuído com o seu material genético para a mesma gravidez que suporta no seu ventre. Nestas situações, poderá existir um verdadeiro conflito de "parentalidade" – os tais (pelo menos) cinco potenciais progenitores, referidos logo no início desta análise, dependendo do critério utilizado. Será que, nestes casos (os quais são, aliás, os casos mais comuns de conflitos entre beneficiários e portadora, nos casos reais de maternidade de substituição), a portadora poderá mudar de ideias no âmbito da obrigação a que se vinculou, querendo, a final, assumir a criança (com a qual tem um vínculo biológico e genético) como sua?

Parece-nos que esta situação se encontra resolvida pelo regime aplicável às doações de espermatozóides, óvulos e embriões, disposto no artigo 10.º da Lei PMA: os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer. Nestes termos, os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida são, perante a lei, os progenitores da criança, assumindo o projecto parental como o objectivo primordial do recurso a tais técnicas. Este princípio é

[84] Tiago Duarte, In *Vitro Veritas? A Procriaçao Medicamente Assistida na Constituição e na Lei,* 2003, Almedina, Coimbra, pp. 72-73.

consagrado (como, aliás, na totalidade das legislações que permitem o recurso a dador), em prol da estabilidade, não só dos beneficiários da técnica, como também da criança assim nascida. Ora se, no caso em que o material genético pertence à portadora, esta não poderá assumir a maternidade pelo critério da doação do mesmo, a mesma solução poderá (no nosso entendimento, deverá) aplicar-se à maternidade de substituição propriamente dita: se aqueles que doam os seus materiais genéticos são afastados como progenitores da criança que vier a nascer, de igual modo se poderá afastar a mulher que "doa" a função de gestação, não se justificando, aliás, a sua sobreposição liminar aos demais critérios. Concluímos, assim, que, em nenhum caso, deverá ser legítimo, à portadora, a reivindicação da criança.

Sobrará o caso em que não exista qualquer relação genética entre a criança que venha a nascer e os beneficiários. Parece-nos, como expusemos e defendemos *supra*, que a maternidade de substituição já não deverá ser admitida caso não exista qualquer vinculo genético com a criança que venha a nascer. Nessa situação, já não estaríamos em presença de um direito a procriar, mas de realidade semelhante à adopção, caso em que se relativiza o interesse em dar vida a um novo ser humano sem qualquer relação genética ou biológica com os beneficiários da maternidade de substituição, quando nasceram já milhares de crianças que, órfãs ou abandonadas, se encontram na mesma situação.

VII - Superior Interesse da Criança

"Se é certo que a realização dos projectos a ter filhos cabe nas faculdades inseridas no direito ao desenvolvimento da personalidade, não pode desconhecer-se que esse direito se realiza mediante a geração de uma pessoa e que é intolerável que a protecção dos direitos da pessoa nascida esteja avassalada aos direitos de quem decidiu que ela havia de nascer"[85].

Com efeito, no centro de toda a polémica da maternidade de substituição, não pode deixar de conferir-se especial atenção ao superior interesse da criança[86].

[85] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 64, de 1 de Abril de 2009, e disponível em www.dre.pt, ou em www.tribunalconstitucional.pt).

[86] O princípio do superior interesse da criança é perfilhado como princípio geral na maior parte dos Estados europeus, representando outro dos eventos que mais notoriamente contribuiu para fortalecer a discussão da harmonização no seio do direito da família, trazendo para a ribalta outro ponto de convergência jurídica. Em França, o princípio do superior interesse da criança teve notável influência legal logo desde o início do século XIX. O Código napoleónico estabelecia o poder paternal como uma prerrogativa discricionária conferida ao pai da criança, mas alguns Autores, como Philippe Malaurie, defendiam já que o poder paternal – actualmente, "responsabilidades parentais" – devia ser exercido de acordo com o superior interesse da criança (Cours de Droit Civil, La

Conceito indeterminado, e muito embora sem definição legal, o interesse superior da criança pode ser retirado de diversos instrumentos e diplomas que o consagram, e o elevam a princípio relevantíssimo. Este princípio significa que todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse, o qual deve ser especialmente considerado em relação aos demais, e devendo o Estado garantir à criança cuidados adequados quando os pais, ou outras pessoas responsáveis por ela, não tenham capacidade para o fazer[87]. O superior interesse da criança é, assim, "um princípio jurídico-formal, que actua como critério orientador; um standard hermenêutico (ou seja, um parâmetro auxiliar na concretização); uma pauta para a conformação do ordenamento jurídico pelo legislador; uma pauta obrigatória na resolução de casos concretos"[88].

São inúmeros os diplomas que tutelam o superior interesse da criança. A Declaração dos Direitos da Criança[89] dispõe: "A criança gozará de protecção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através da lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da criança constituirá a preocupação fundamental"[90]. Também a Convenção dos Direitos da Criança[91] o prevê, literal e expressamente, na maioria dos seus artigos (designadamente 3.º,

Famille, Cujas, Paris, 1989, n. º 789). Na Alemanha, por sua vez, o princípio vem enfatizado em publicações de índole psiquiátrica e psicológica desde a década de 60. Hodiernamente, as legislações dos países europeus concedem-lhe um valor proeminente, especialmente em matéria de adopção, designando-o através de termos variados, como: "justos motivos" e "vantagens para o adoptado" (Bélgica e Luxemburgo); "bem-estar", "bem da criança" ou "welfare" (Alemanha, Inglaterra, Áustria, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Suíça); "reais vantagens" (Portugal); "interesse do adoptado" (França, Grécia, Noruega, Suécia); "superior interesse da criança" (Portugal, Espanha e Itália); "manifesto interesse da criança" (Holanda); etc. A Convenção das Nações Unidas relativa aos Direitos das Crianças de 1989, por sua vez, recorre à fórmula "superior interesse da criança".

[87] V. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08.07.2008 (proc. n.º 5895/2008-1): "Não existe uma definição legal se superior interesse do menor, mas o mesmo tem de ser entendido em termos suficientemente amplos de modo a abranger tudo o que envolva os legítimos anseios, realizações e necessidades daquele e nos mais variados aspectos: físico, intelectual, moral, religioso e social"; v. também, do mesmo Tribunal, acórdão de 06.04.2006 (proc. n.º 1977/2006-6); acórdão de 20.10.2005 (proc. n.º 8552/2006-6); acórdão de 01.04.2004 (proc. n.º 2476/2004-6); e acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06.12.2007 (proc. n.º 2256/07-3); entre outros, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

[88] José de Melo Alexandrino, "Os Direitos das Crianças – Linhas para uma construção unitária", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 68, I, 2008, pp. 275-309.

[89] Adoptada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de Novembro de 1959.

[90] Princípio 2.º da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959.

[91] Adoptada pelas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

9.º, 15.º, 18.º, 20.º, 21.º, 37.º, 40.º), bem como nos seus Protocolos Facultativos[92]. O próprio Parlamento Europeu reconhece que "a protecção da criança deve ser orientada de acordo com o interesse superior da criança, com os princípios da liberdade e da dignidade da mesma"[93].

A CRP também o consagra, não só através da recepção dos instrumentos internacionais acima referidos nos termos do artigo 8.º, mas também de forma mais directa, através do artigo 69.º, o qual dispõe que as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão, e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. Esta norma encontra-se sistematicamente inserida na categoria dos direitos e deveres sociais, isto é, fora do âmbito do regime especial dos direitos, liberdades e garantias. Cabe, neste âmbito, ressalvar que, embora seja admissível a restrição de um direito de máxima protecção constitucional – o direito a procriar, com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida -, em nome da protecção de um direito igualmente fundamental – o direito à protecção da infância –, este último apenas usufruirá do regime especial consagrado o artigo 18.º da CRP (o qual estabelece a regra restritiva das restrições dos direitos, liberdades e garantias) se for considerado direito de natureza análoga[94]. Parece-nos, quanto a isto, inteiramente razoável que se lhe reconheça tal natureza análoga: é possível, actualmente, falar de ponderação de princípios constitucionais, e não unicamente de valores, não se duvidando do relevo fundamental do princípio da protecção da infância, mesmo face ao princípio da protecção da família, superando-se assim aquela eventual dificuldade. Acresce que, ao lado deste princípio tutelado constitucionalmente, não se pode deixar de reconhecer o direito individual de cada criança, enquanto pessoa, ao livre desenvolvimento da sua personalidade, consagrado no artigo 26.º da CPR, que faz inegavelmente parte do cardápio dos direitos, liberdades e garantias. Gomes Canotilho e Vital Moreira acrescentam, a este propósito: "A noção de desenvolvimento integral [da criança] – que deve ser aproximada da noção de desenvolvimento da personalidade – assenta em dois pressupostos: por

[92] Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis, e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, ambos adoptados pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 25 de Maio de 2000 e ratificados por Portugal, respectivamente em 16 de Maio de 2003 e 19 de Agosto de 2003.

[93] Resolução A3-314/91, sobre os problemas da criança na Comunidade Europeia (JO n.º C13 de 20.01.92, pp. 536 e 537).

[94] Dispõe o artigo 17.º da Constituição da República Portuguesa: "*O regime dos direitos, liberdades e garantias* [do qual o artigo 18.º faz parte] *aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.*" Sobre o que (ou quais) sejam os direitos fundamentais de natureza análoga, v. J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 17.º.

um lado, a garantia da dignidade da pessoa humana (cfr. art. 1º), elemento estático, mas fundamental para o alicerçamento do direito ao desenvolvimento; por outro lado, a consideração da criança como pessoa em formação, elemento dinâmico, cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades[95]. Acrescentam ainda que, a partir das dimensões fundantes da dignidade da pessoa da criança e do desenvolvimento da personalidade, colocarão os interesses da criança como parâmetro material básico de qualquer política de protecção de crianças e jovens".

Assim, na análise da admissibilidade da maternidade de substituição, "deverá também a análise sobre o melhor interesse do menor ser exaustivamente analisada e ponderada, pois trata-se de uma matéria em que as soluções adoptadas são, por natureza, irreversíveis e afectam profundamente o ser e a vida de um menor, que também por natureza não tem liberdade de escolha"[96]. A análise crítica e eventual reformulação do enquadramento legal da maternidade de substituição devem, impreterivelmente, considerar o superior interesse da criança, a qual deve beneficiar, no seio de uma família, de um desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, bem como do seu direito a viver num ambiente familiar estável do ponto de vista afectivo e económico. O superior interesse da criança deve pautar toda a decisão, regulamentação e intervenção, quer do Estado, quer dos seus responsáveis.

Perguntamo-nos, então, se a admissibilidade da maternidade de substituição, só por si, prejudica, ou de algum modo põe em causa o superior interesse da criança, ou seja, se o seu bem-estar, saúde, compleição, inteligência e equilíbrio emocionais e psicológicos estarão em perigo, por ter sido gerada no ventre de uma mulher que não é sua progenitora. Estarão em risco, por via do recurso a esta técnica de procriação, os seus futuros legítimos anseios, realizações e necessidades físicas, intelectuais, morais, religiosos ou sociais? Será que, como entende o actual Bastonário da Ordem dos Advogados, "dificilmente este filho(a) deixará de ser visto como um filho(a) alheio ou estranho, pelo componente do "casal estável" que não é progenitor biológico com prejuízo para o filho(a) constituído desta forma"[97]?

Não nos parece. Numa sociedade que se revela – e ainda bem – cada vez mais pluralista, e onde os progressos da ciência se sucedem de forma vertiginosa, não cremos que as crianças que venham a nascer neste século estranhem a existência de várias formas de nascimento, através do recurso a várias técnicas médicas. Acresce que, num mundo repleto de crianças cujos nascimentos são fruto de um descuido ou de ausência de planeamento familiar, e de crianças órfãs ou abandonadas, esta criança certamente terá especial consciência do quão desejada foi. Mais: as crianças

[95] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 69.º.

[96] Rita Roque de Pinho, "Procriação Medicamente Assistida, Liberdade de Escolha", in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 87, Fevereiro 2012, pp. 24-25.

[97] Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Projecto de Lei n.º 122/XII (BE), o Projecto de Lei n.º 127/XII (BE), o Projecto de Lei n.º 131/XII (PS), o Projecto de Lei n.º 137/XII (PS) e o Projecto de Lei n.º 138/XII (PSD), disponível em www.parlamento.pt.

de hoje são mais receptivas do que as gerações que as antecedem à diferença na família. São mais os filhos de pais divorciados, casais multirraciais, homossexuais ou solteiros, que aqueles que ainda vivem no seio de uma família tradicional. Tudo passa, a final, pela educação e ambiente que os pais proporcionam ao crescimento e desenvolvimento harmonioso, equilibrado e são, em todas as vertentes da vida da criança. E esta educação e ambiente não estão, de modo algum, relacionados com a forma como cada um nasce.

As considerações acima expostas não respondem, no entanto, aos sérios problemas que podem ser suscitados em caso de arrependimento ou incumprimento por alguma das partes do contrato em causa, quer dando lugar a um conflito positivo pela perfilhação da criança, situação em que ambas as partes, beneficiários e portadora, reivindicariam a sua paternidade e/ou maternidade; quer (caso de maior gravidade) dando lugar a um conflito negativo, situação em nenhuma das partes quer perfilhar a criança. Os exemplos de cada uma das situações expostas são fáceis de adivinhar: na primeira, a portadora deixa-se envolver emocionalmente com a criança que gera dentro de si, e acaba por recusar entregá-la aos beneficiários[98]; na segunda, os beneficiários recusam receber a criança, por esta sofrer anomalia ou deficiência, ou porque, entretanto, se separaram[99]. Nestas situações, o incumprimento do contrato celebrado entre os beneficiários e a portadora não afecta apenas, nem sobretudo, o interesse das partes, mas principal e irreversivelmente o interesse da criança nascida ou que vier a nascer, que poderá ser sujeita ao conflito entre todas as partes envolvidas, ou ao abandono e rejeição por todas elas.

Argumentar que os beneficiários desejam profundamente a criança que vier a nascer não responde à hipótese de conflito positivo (caso em que ambas as partes envolvidas, portadora e beneficiários, reclamam a maternidade e/ou paternidade da criança), nem é suficiente para afastar a preocupação pelo supremo interesse da criança, e bastará que haja lugar a uma mínima possibilidade de situação de abandono da criança que vier a nascer, para que se imponha o abrandamento de qualquer euforia legislativa nesta matéria, e uma séria ponderação nas questões potencialmente suscitadas. Será interessante perguntar, com José de Melo Alexandrino, se deve ser reconhecido um princípio de *in dubio pro puero*[100], isto é,

[98] Foi o que aconteceu no célebre caso *Baby M* (cfr. Nota 61, *supra*).

[99] Em 2008, ocorreu um caso como o descrito, que chamou a atenção da imprensa da Índia (país onde é permitido o recurso à maternidade de substituição): um casal japonês celebrou um contrato de maternidade de substituição com uma mulher oriunda da Índia, que em Julho desse ano deu à luz uma criança. O casal separou-se antes do nascimento, e tanto a portadora como a beneficiária (e mãe genética da criança) se recusaram a perfilhar a criança. O pai biológico, por seu lado, não podia recorrer à adopção da criança, dado que as leis indianas não permitem a adopção por homens solteiros. Notícia disponível em http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/08/080806_maedealuguelindiafn.shtml, a 23.05.2012.

[100] José de Melo Alexandrino, "Os Direitos das Crianças – Linhas para uma construção unitária", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 68, I, 2008, pp. 275-309.

em caso de dúvida, resolva-se a favor da protecção do superior interesse da criança. Afinal, o perigo de desprotecção da criança que pode advir da possibilidade de conflito entre portadora e beneficiários será motivo suficiente para justificar a sua absoluta e liminar proibição?

O abandono e o tratamento negligente de crianças é fenómeno não raro: no último ano, foram acompanhadas pelas Comissões de Protecção de Menores quase 68 mil crianças, a maior parte das quais nas faixas etárias até aos 5, e entre os 11 e os 14 anos[101]. Por outro lado, a sujeição de crianças a conflitos pela sua guarda – frequentemente caracterizados por elevados níveis de hostilidade, e nos quais muitas vezes a criança é utilizada como "arma" contra a outra parte[102] – é situação cada vez mais comum. Estas problemáticas são seriamente prejudiciais para o harmonioso desenvolvimento da criança, em todas as suas vertentes, e constituem exemplos flagrantes de violação do seu supremo interesse, exigindo do Estado estruturas, normas e medidas de prevenção para a sua protecção.

Caberá, no entanto, questionar se a infeliz constatação da existência destas realidades justificará a proibição, pelo Estado, do direito de procriar, em particular, com recurso à maternidade de substituição, ou se será antes mais consentâneo com o sistema jurídico vigente, e com o próprio princípio da proporcionalidade, submeter os beneficiários da maternidade de substituição aos mesmos deveres e responsabilidades que recaem sobre quaisquer outros progenitores; em particular, cometendo-lhes também as mesmas consequências em caso de violação daqueles. De facto, note-se que o risco ou receio de maternidade e/ou paternidade irresponsáveis não legitimam o Estado a intervir preventivamente, proibindo ou restringindo a procriação em nome de um princípio de cautela desmesurada. Seria irrazoavelmente desproporcionado se o direito fundamental a constituir família pudesse ser genericamente limitado ou excluído à partida, em nome do receio de violação das respectivas responsabilidades parentais (e, em última análise, do supremo interesse da criança). Da mesma maneira que o Estado não pode, por exemplo, coagir uma mulher com escassos recursos económicos, que tenha já sete

[101] Dados divulgados numa peça noticiosa divulgada pela estação de rádio *TSF,* consultada e disponível no site www.tsf.pt a 23.05.2012.

[102] O Síndrome da Alienação Parental é um claro exemplo desta forma de violação do superior interesse da criança resultante de conflitos entre os seus progenitores. Trata-se de um conceito proposto pela primeira vez pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, em 1985, para descrever as consequências resultantes da situação em que a mãe ou o pai de uma criança a influencia para romper os laços afectivos com o outro progenitor, através de uma campanha de *brainwashing* destinada a denegrir o progenitor alienado. Os casos mais frequentes do Síndrome da Alienação Parental estão associados a situações de ruptura da vida conjugal, onde o filho é utilizado como instrumento de agressividade no processo de destruição, vingança, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge. A criança desenvolve, assim, fortes sentimentos de ansiedade, ódio ou temor em relação ao seu progenitor alienado. A criança é colocada no meio do conflito e ganha um papel de colaboração activa nesta campanha, sujeita a manipulação.

filhos, a não voltar a engravidar, tão pouco poderá rejeitar o recurso à maternidade de substituição com fundamento no hipotético perigo de rejeição da criança: acresce que este perigo não reveste especial probabilidade, no âmbito da maternidade de substituição, por confronto às demais formas de procriação.

Não cremos que os potenciais beneficiários da maternidade de substituição, como todos os beneficiários de quaisquer técnicas de procriação medicamente assistida e quaisquer indivíduos que desejem reproduzir-se de modo natural, possam ser sujeitos a restrições preventivas (arbitrárias, desadequadas e desproporcionadas) ao seu direito a procriar, sem fundamento justificado. É impossível controlar a "habilidade" de qualquer indivíduo para ser progenitor, sendo igualmente impensável controlar a procriação com base nesse critério. Cremos, outrossim, que aos beneficiários da maternidade de substituição devem ser reconhecidos os mesmos poderes-deveres resultantes das responsabilidades paternais, que cabem a quaisquer outros pais e mães, em particular o direito-dever de educação, sustento e manutenção dos filhos.

Não queremos, com o exposto, negligenciar ou subvalorizar as complexas realidades que podem resultar da celebração e incumprimento do contrato de maternidade de substituição. Pelo contrário, entendemos que as relações entre as partes contratantes e a criança que venha a nascer devem ser cuidadosamente reguladas, e feitas cumprir nos termos gerais: os conflitos positivos e negativos entre as partes sobre a perfilhação devem encontrar-se previamente resolvidos, através de regulamentação que defina expressa e claramente a maternidade e/ou paternidade da criança que vier a nascer.

A dignidade da criança nascida com recurso à maternidade de substituição (ou a qualquer outra técnica de procriação medicamente assistida) ditará que lhe seja conferida a mesmíssima especial protecção que assiste a qualquer outra, em ambos os casos sempre se considerando as suas especiais necessidades e circunstâncias, independentemente do seu modo de nascimento.

VII – Considerações Finais

Não há dúvidas de que a maternidade de substituição, como qualquer outra matéria onde os avanços da ciência permitam superar os obstáculos da natureza, suscita inúmeras questões e desafios, dando lugar a vivos e complexos debates, sob perspectivas tão variadas como o Direito, a Ética, a Moral e até a Religião. "A procriação artificial coloca questões que ultrapassam o campo da terapêutica e da ciência que as fez nascer. Põem em causa o estado das pessoas, as estruturas familiares e as liberdades individuais do ser humano"[103]. As tomadas de posição neste tipo de temas são, muitas vezes, emotivas e intimamente enraizadas nas convicções pessoais dos seus defensores.

[103] Paula Martinho da Silva, *A Procriação Artificial. Aspectos Jurídicos*, Moraes Editores, Lisboa, 1986, p.107.

Reconhecemos a multiplicidade de problemáticas que resultam, ou podem resultar, da celebração de um contrato de maternidade de substituição, próprias da figura em questão, ou comuns a qualquer técnica de procriação medicamente assistida. Não falamos apenas das questões de fundo, éticas e valorativas, relacionadas com o valor da maternidade, do corpo humano, da vida e da dignidade humanas, as quais obrigam a um exigente e profundo exercício de reflexão e ponderação de interesses, valores e princípios; a análise da maternidade de substituição suscita ainda dificuldades complexas de ordem prática e real, e, portanto, a análise da sua admissibilidade não pode deixar de as considerar.

O estabelecimento da filiação é, desde logo, um desafio a resolver, pois temos múltiplos intervenientes na gestação de uma criança, cabendo perguntar qual o critério em última análise relevante para a definição da sua maternidade e/ou paternidade. A multiplicidade de critérios de filiação (biológico, genético, afectivo ou presuntivo), e o potencial de conflituosidade daí decorrente, obriga a que se questione e pondere: filho de quem?

O reconhecimento constitucional de um direito a constituir família e, nele abrangido, de um direito a procriar[104], gera também difíceis questões: a proliferação de técnicas de reprodução e a superação de limites impostos pela natureza, permitida pelo progresso da ciência, obrigam a questionar qual o verdadeiro conteúdo deste direito. Mesmo defendendo, como o fazemos, a existência de um direito fundamental a procriar com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, sempre haverá que analisar criticamente quais os seus limites, em particular, os relativos à maternidade de substituição. O reconhecimento do direito a procriar não poderá deixar de ponderar criticamente aspectos como a idade dos beneficiários (deverá permitir-se que indivíduos com 60 anos recorram à maternidade de substituição?), os motivos que os levam a recorrer a esta figura (deverá admitir-se o recurso à maternidade de substituição por razões estéticas ou de mera comodidade física da mulher beneficiária?), o carácter subsidiário ou não da mesma (em que termos se confina a fronteira de eligibilidade?), o seu estado civil (os beneficiários deverão ser um casal?) ou a estabilidade da relação (deverá ser imposto um limite mínimo de relação entre os beneficiários, caso sejam um casal? Deverá ser admitido o recurso a pessoas solteiras?).

Questões similares se podem levantar relativamente à mulher que se dispõe a suportar a gravidez por conta dos beneficiários: a mãe portadora deverá ter maturidade para assumir a responsabilidade da obrigação em causa e poderão ser problematizados factores como a sua idade (deverá ser imposta uma idade

[104] Guilherme De Oliveira, "Legislar sobre Procriação Assistida", in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 34 ss; relativamente à ordem jurídica italiana, v. Ines Corti, «La maternità per sostituzione: analisi del fenomeno», in *Verso nuove forme di maternità,* in *Verso nuove forme di maternità*, a cura di Carlo Alberto Graziani/Ines Corti, Giuffrè editore, 2002, p. 23.

mínima? E máxima?), a sua experiência (será importante que esta mulher já tenha tido uma gravidez, ou deve permitir-se a qualquer que possa suportar uma gravidez, ainda que tenha decidido não ter filhos próprios?), o seu estado civil (deverá ser solteira, ou, pelo contrário, casada, tendo a sua própria família? Neste último caso, deverá ser exigido o consentimento do marido? Deverão aceitar-se, como portadoras, mulheres que vivam em condições análogas às dos cônjuges?), ou as suas motivações (deverá admitir-se apenas por razões altruístas? Ou será razoável admitir-se uma compensação de qualquer tipo? Uma mulher com escasso recursos económicos poderá fazê-lo para ajudar o sustento da sua família?).

Em concreto, podem também ser suscitados problemas relativamente ao modo de condução da gravidez pela portadora, não podendo deixar de se reconhecer a possibilidade de adopção de comportamentos irresponsáveis da sua parte, pois não gera um filho próprio, com particular gravidade quando estes comportamentos afectem o saudável e normal desenvolvimento do feto, resultando em anomalias, deficiências ou patologias irreversíveis.

Colocam-se ainda questões seríssimas relativas à possibilidade de arrependimento e, consequentemente, incumprimento do contrato, por qualquer uma das partes. Neste âmbito, cabe questionar se deverá ser concedido à portadora um período de reflexão para arrependimento lícito (que não constitua, portanto, incumprimento), e se esta solução fará sentido ainda que a portadora não tenha qualquer relação genética com a criança; ou se, pelo contrário, a maternidade e/ou paternidade da criança deve encontrar-se já definida, imperativamente, no momento da celebração do contrato de maternidade de substituição, sem possibilidade de revogação posterior pelas partes envolvidas.

Na base do reconhecimento e análise de todas estas problemáticas, deve ser ainda reconhecido e acautelado o supremo interesse da criança, o que se pode revelar particularmente delicado, pois se, por um lado, toda a finalidade da maternidade de substituição é dar vida a uma criança, cujo nascimento e perfilhação são muito desejados pelos beneficiários, por outro lado, a degradação das relações estabelecidas entre as partes intervenientes, e a possibilidade de conflitos de interesses que podem surgir no seu seio, podem colocar a criança que vier a nascer em posição especialmente vulnerável, comprometendo-se o seu bem-estar e são desenvolvimento.

Reconhecida a natureza potencialmente problemática da maternidade de substituição, não podemos, por isso, abster-nos de analisar e procurar resposta à questão de fundo que assiste o presente artigo: deve tal técnica de procriação ser admitida, impondo-se uma alteração fundamental da legislação vigente nesse sentido?

Como exposto *supra*, está em causa a análise da legitimidade do Estado para intervir nesta matéria, proibindo liminarmente a maternidade de substituição, tendo em conta o exercício de direitos fundamentais de personalidade (isto é, direitos inerentes à Pessoa, à condição de ser humano, consagrados e protegidos

constitucionalmente) dos intervenientes, no caso, (i) o direito a constituir família dos beneficiários, o qual abrange, no nosso entender, não apenas o direito a procriar, mas também o direito de o fazer recorrendo a técnicas de procriação medicamente assistida, cabendo aqui perguntar se a maternidade de substituição deverá integrar o elenco de técnicas de procriação permitidas para a prossecução e exercício deste direito; (ii) o direito de disposição sobre o próprio corpo da portadora, que inclui a liberdade de escolha e disposição do mesmo, incluindo o de decidir suportar uma gravidez no seu útero para auxiliar a gestação de filho de terceiros; e (iii) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de todos os intervenientes, segundo o qual os indivíduos têm o direito e a liberdade de tomar as decisões e adoptar as condutas que melhor lhes aprouver para a prossecução e concretização do seus projectos e objectivos de vida, em especial, a liberdade dos beneficiários na decisão de se reproduzirem, lançando mão de todas as técnicas que existam ao seu alcance, se não o puderem fazer de outra forma, e ainda a liberdade da portadora de decisão de gestação de filho de e por outrem, em benefício da concretização dos sonhos parentais de outros, que estejam impossibilitados de o fazer por si.

O exercício dos direitos fundamentais de personalidade acima referidos só pode ser restringido pelo Estado, como já foi exposto, nos estritos termos estabelecidos no artigo 18.º da CRP[105]. Qualquer intervenção restritiva do Estado no exercício de direitos fundamentais dos indivíduos deve, com efeito, obedecer a determinadas regras e requisitos próprios, sob pena da sua inadmissibilidade (e inconstitucionalidade). Isto significa que a análise da legitimidade do Estado para estabelecer a proibição da maternidade de substituição (e, portanto, a intervenção restritiva no exercício do direito de procriar, do direito de disposição de disposição do próprio corpo e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade) deverá ser apreciada à luz da admissibilidade (ou não) da restrição, operada por tal proibição, nos direitos em presença. Em particular, a proibição da maternidade de substituição deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes da necessidade ("deve limitar-se ao necessário..."), adequação ("...para salvaguardar...") e proporcionalidade ("...outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"), devendo ainda manter intactos a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos restringidos.

Um interesse constitucionalmente protegido relevante, no âmbito da maternidade de substituição, será o superior interesse da criança, cujo nascimento

[105] O qual dispõe, relembre-se, que: "1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito rectroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais."

é o fim último de qualquer técnica de procriação medicamente assistida, e cujo bem-estar e protecção devem ser sempre acautelados. Caberá, nesta sede, ponderar se a proibição liminar da maternidade de substituição será medida restritiva (dos direitos fundamentais em causa) necessária e adequada a proteger aquele interesse. Entendemos que não.

Desde logo, parece-nos que a criança não verá o seu desenvolvimento físico, emocional, psicológico e cognitivo comprometidos pelo facto de ter nascido através do recurso à maternidade de substituição – a vida é mais complexa do que isso, e esta criança, como qualquer outra, terá os seus problemas e as suas alegrias, as suas inseguranças, as suas dores e as suas esperanças, independentemente do modo como foi gerada. A proibição liminar da maternidade de substituição, para estes efeitos, não é medida nem adequada nem necessária para proteger a criança da vida, tendo em conta, além do mais, a admissibilidade de tantas outras "desconcertantes" técnicas de procriação medicamente assistida.

Por outro lado, a potencial sujeição da criança a conflitos entre as partes envolvidas na sua gestação não é acautelada pela prevenção do seu nascimento. As crianças nascidas por via natural estão sujeitas a riscos similares, não se proibindo liminarmente, ainda assim, o divórcio, nem tão pouco se atrevendo o Estado a proibir novo acto de procriação. A proibição, sem mais, da maternidade de substituição parece-nos medida excessiva e desadequada para a protecção do interesse da criança, a qual não terá, aliás, qualquer interesse, caso a sua gestação e nascimento sejam impedidos. Este superior interesse não é lançado ao abandono pela admissibilidade da maternidade de substituição, e o Estado não se demite da sua função de último protector da criança, nomeadamente, através de legislação relativa ao exercício das responsabilidades e tutela parentais, de institutos e organismos públicos de protecção de crianças ou de regras e processos especiais relativos a matérias de família e menores. A importante tarefa de protecção da criança que cabe ao Estado não pode ser prosseguida de modo tão preventivo que anteceda o seu próprio nascimento, impedindo-o, mas deve ser orientada pela consideração do seu superior interesse, consideradas as circunstâncias concretas da sua vida. Por outras palavras, a criança que vier a nascer deve ser protegida da mesma maneira, recorrendo aos mesmos meios e princípios, que aquelas que nasceram por via natural, e o Estado não deverá, nem poderá, numa e noutra situação, proibir a procriação, por arbitrariamente considerar que aquela criança pode ser colocada numa situação vulnerável.

Se consideramos, por um lado, que a proibição liminar da maternidade de substituição, em nome do superior interesse da criança, é restrição arbitrária, excessiva e desadequada à protecção daquele interesse, não deixamos de reconhecer, porém, que a sua admissibilidade, sem mais, o desprotegeria de forma irrazoável e irresponsável. É possível, no entanto, alcançar uma solução de equilíbrio entre os interesses constitucionalmente protegidos em causa, nomeadamente, através de uma regulação cuidadosa das relações entre a portadora e os beneficiários, estabelecendo, entre outros, a maternidade e /ou

paternidade da criança de forma clara e imperativa, aplicando-se, em tudo o resto, as normas vigentes relativas ao exercício das responsabilidades parentais, vinculativas para quaisquer progenitores, quer hajam recorrido a técnicas de procriação medicamente assistida ou não, quer sejam biológicos ou adoptivos. Concluímos, assim, que o superior interesse da criança não é violado pela admissibilidade da maternidade de substituição, devendo antes a sua protecção, quanto a estas crianças, ser protegido nos mesmo termos aplicáveis a todas as demais.

Matérias fracturantes deste tipo, no âmbito das quais se enfrentam ciência e ética, moral e direito, o valor da vida e os limites do progresso científico, o derradeiro argumento é o da dignidade humana. Previsto logo no primeiríssimo artigo da CRP, que o eleva a fundamento último do Estado Português, e esgrimido por todas as partes (em nome da dignidade humana se defende a proibição da maternidade de substituição, e em seu nome também a sua admissibilidade), cabe perguntar, afinal, o que é a dignidade humana, pois nenhuma medida restritiva será excessiva quando e se face à salvaguarda necessária da dignidade humana. "O que está então por detrás do recurso nas constituições à dignidade da pessoa humana? (...) O homem tem dignidade porque é pessoa. É um ser ético, porque é auto-consciente e dotado antes de mais de auto-determinação e consciência moral. Não é apenas um ser biológico ou um ser ao sabor do arbítrio: é um ser com fins de realização próprios. É responsável pela condução da sua vida. Nisso reside a sua dignidade"[106].

Cabe analisar se a admissibilidade da maternidade de substituição viola, de facto, a dignidade humana. Em especial, cabe averiguar se, e por que razão, admitindo-se actualmente tantos procedimentos e técnicas de procriação medicamente assistida, é a maternidade de substituição especial e liminarmente proibida. De facto, a substituição de uma mulher por outra na gestação e no parto, para satisfazer o desejo de ser mãe sentido pela primeira, é, em certa medida, uma variante da inseminação/implantação artificial heteróloga por parte de um dador (masculino) de esperma ou (feminino) de óvulos. Não nos parece razoável que, admitindo-se a inseminação de uma 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 que o útero – pelo contrário, já que, como considerado *supra*, embora pareça mais chocante a gestação em nome de outrem (até por ser facto notório e, por isso, associado visual e directamente à relação familiar), os dados genéticos são vitalícios e definem traços determinantes de um ser humano, tais como características físicas, psicológicas e patológicas.

[106] José Oliveira Ascensão, "A Dignidade da Pessoa e o fundamento dos Direitos Humanos", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 68, I, 2008, p. 97 ss.

Não cremos que as situações assinaladas sejam fundamentalmente distintas, no que respeita à dignidade humana, mas apenas quanto ao procedimento técnico de procriação medicamente assistida utilizado. Parece-nos, portanto, que, não havendo violação da dignidade da pessoa humana nas primeiras (as quais são permitidas, conforme previsto no artigo 10.º da Lei PMA[107]), tão pouco poderá entender-se que ela haverá na segunda, justificando-se a sua proibição liminar.

Do ponto de vista dos beneficiários, esta realidade legislativa é particularmente inconsistente, se pensarmos que a beneficiária pode ser fértil, não podendo apenas prosseguir, com sucesso, uma gravidez: permite-se, assim, a procriação de indivíduos inférteis (situação efectivamente mais "contra-natura"), através do recurso a óvulos e/ou sémen de dadores desconhecidos, admitido na Lei PMA; mas já não a de uma mulher fértil, com doença, ausência de útero ou outra causa de impossibilidade de gestação, através do recurso a maternidade de substituição, proibido pela mesma Lei, conforme *supra* exposto.

Do ponto de vista dos "contribuintes" para o processo de procriação (por exemplo, os dadores de sémen e óvulos ou a mulher portadora da gravidez), por outro lado, não nos parece que a dignidade humana, fundadora do princípio de indisponibilidade do corpo, seja questionada de forma mais intensa na doação de materiais genéticos (permitida), por comparação à cedência de útero (proibida), tendo em conta a natureza íntima e pessoalíssima dos dados desta natureza, indissociados e indissociáveis do ser humano.

Ora não sendo a proibição liminar da maternidade de substituição medida necessária ou adequada à protecção do superior interesse da criança, o qual não é concreta ou especificamente violado pelo recurso a esta técnica de procriação; nem podendo conceder, por outro lado, que a dignidade humana seja posta em causa, de forma particular, pela admissibilidade da maternidade de substituição, quando tantas outras técnicas mais controversas são hoje aceites e legalmente permitidas; resta-nos perguntar se a proibição da maternidade de substituição não será, afinal, uma decisão político-legislativa, por parte de um Estado cauteloso que não se quer atravessar no campo de um debate tão fracturante, preferindo aguardar a maturação do tema e da sensibilidade social, para o voltar a repensar.

Não nos parece, no entanto, que esta margem de ambientação à sensibilidade social seja admissível ou justificada: os direitos em causa são superiores a esta sensibilidade, e a fundamentalidade do seu exercício não se compadece com limites por esta ditados, mas apenas aqueles constitucionalmente previstos, nas estritas condições aí definidas. "A perfeição ética implica (...) o respeito pela alteridade, respeito que impede o agir de se deixar guiar, pela tentativa de

[107] O qual dispõe: "1 – Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas. 2 – O dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer."

assimilação do outro à nossa ideia dele"[108]. É intrínseca (e necessária) a qualquer sociedade a existência de um espaço de conflito, que permita a adopção de princípios, valores, projectos e opções individuais, não devendo (nem podendo) o legislador assumir posição senão em nome de valores fundamentais à própria sociedade. A conclusão de que a maternidade de substituição não viola, *per se*, o superior interesse da criança, a dignidade humana ou o valor da vida, é motivo bastante para não se reconhecer legitimidade ou fundamento na sua proibição liminar. Restam-nos as pautas de liberdade e autonomia privada, simultaneamente fundadoras e fundadas na dignidade do ser humano, inerentes à Pessoa, as quais devem orientar o modo de condução de vida dos indivíduos, sempre dentro dos limites ditados pela mesmíssima dignidade humana.

Concluímos, enfim, pela rejeição da proibição liminar da maternidade de substituição. Defendemos a reformulação da actual legislação sobre a mesma, no sentido da sua admissibilidade, em termos cuidadosamente regulados, que definam clara e expressamente, e de forma imperativa, o estabelecimento da maternidade e/ou paternidade da criança que vier a nascer com recurso a esta técnica, de modo a afastar a conflituosidade que possa advir desta (como de qualquer outra) relação, devendo ainda ser ponderadas e reguladas as questões *supra* reconhecidas, com especial cuidado com aquelas que possam afectar a vida da criança que vier a nascer, e sempre firmemente aferrados à pauta normativa da dignidade humana, conforme estabelecido especificamente no artigo 67.º, número 2, alínea e), da CRP.

[108] Luísa Neto, "A revisão do conceito de "ordem pública"? Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação do sujeito consigo mesmo", in *Revista Scientia Iuridica*, Braga, Tomo LX, N.º 326, 2011, p. 331 ss.

§ 2
TRABALHOS ACADÉMICOS