

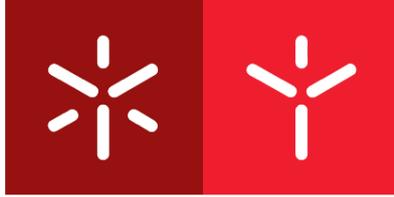


Universidade do Minho

Escola de Direito

Mariana Helena Folha Lobo Dias Peixoto

**Os Efeitos da Gestão de Substituição
no Direito do Trabalho Português**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Mariana Helena Folha Lobo Dias Peixoto

**Os Efeitos da Geração de Substituição
no Direito do Trabalho Português**

Dissertação de Mestrado
em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Maria Irene da Silva Ferreira Gomes

DECLARAÇÃO

Nome: Mariana Helena Folha Lobo Dias Peixoto

Endereço eletrónico: mariana.helena.peixoto@gmail.com

Título da Dissertação: Os Efeitos da Gestação de Substituição no Direito do Trabalho

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria Irene da Silva Ferreira Gomes

Ano de conclusão: 2019

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFETOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 31 de Outubro de 2019

Assinatura: _____

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Agradecimentos

Os mais sinceros agradecimentos à Professora Doutora Maria Irene Gomes, que recebeu o meu projeto de braços e mente aberta e aceitou orientar-me nesta aventura. Pelo tempo e pela atenção dispensados; pela disponibilidade e pelo extraordinário empenho, o meu obrigado.

À minha família, a minha mais sincera e eterna gratidão pelo suporte incondicional:

Ao meu pai, por tudo. Pela exigência constante e pelos valores transmitidos. Por ser a minha principal influência na escolha de percurso e por ser a minha maior referência, na vida e no mundo do Direito do Trabalho.

À minha mãe, por ser o meu porto de abrigo. Por dissipar as dúvidas e incertezas do caminho, por ter sempre as palavras certas e pelas longas horas em que foi um ombro amigo. Pelo carinho e por ser o exemplo a seguir. Uma gratidão de tal ordem que não pode ser traduzida em meras palavras, nem mesmo pelas tuas.

À Marta, pela cumplicidade, pela facilidade em descodificar-me, pela simplicidade da força que sempre me deu, pela atenção e preocupação que extravasam a idade que tem. Por ser a minha pessoa e por ter sido indispensável para a conclusão desta dissertação.

A “elas”, pela amizade incondicional, pelos anos passados a meu lado, por serem a base de tudo. Por serem, individualmente, insubstituíveis e incrivelmente inspiradoras. Que seja sempre assim.

Aos meus grandes amigos, que mais do que companheiros no Direito, se tornaram companheiros para a vida. Por me terem mostrado o melhor lado da vida e por estarem sempre à distância de um telefonema . Por patrocinarem as gargalhadas mais verdadeiras e por resistirem quando aquelas parecem impossíveis.

Resumo

A presente dissertação propõe-se estudar o impacto da gestação de substituição no Direito do Trabalho.

A regulamentação do recurso à gestação de substituição é um dos temas que mais tem assoberbado a Assembleia da República Portuguesa nos tempos mais recentes. Apesar de a sua operacionalização ainda não ter sido concretizada à luz dos pronunciamentos do Tribunal Constitucional, reforça-se que, no período posterior à promulgação da Lei n.º 25/2016, de 22/08, altura em que esta prática foi reconhecida no ordenamento português, a gestação de substituição foi, de facto, utilizada. A reprodução humana através de contratos de gestação de substituição deixou, assim, ainda que por apenas um curto período de tempo, de se apresentar como uma realidade distante e desconhecida do ordenamento jurídico português, tendo estado na disponibilidade dos casais que preenchem os seus requisitos de acesso.

Concomitantemente, importa esclarecer que a falta de abertura para esta prática no momento atual, não significa necessariamente uma continuação de proibição no futuro. Por conseguinte, o tema da presente dissertação continua a apresentar relevância dogmática e, seguramente, prática num futuro que se espera muito próximo.

Com o estudo apresentado, pretendemos contribuir para a análise dos principais problemas que a gestação de substituição suscita no âmbito do Direito do Trabalho português. Nesta senda, debruçamo-nos criticamente sobre a proposta regulamentar que teve lugar no momento em que esta prática foi introduzida no ordenamento nacional e levamos a cabo um estudo das soluções previstas e dos problemas suscitados em ordenamentos jurídicos que já veem a gestação de substituição como uma prática relativamente recorrente. De parte não fica, como não poderia deixar de ser, a resposta – legislativa e jurisprudencial – dada pela União Europeia nesta matéria.

Palavras-chave: direito do trabalho; gestação de substituição; licença parental; maternidade; paternidade.

Abstract

This dissertation proposes to study the impact of surrogacy in Labor Law.

Surrogacy's authorization by law is a theme that has been overwhelming the Portuguese Assembly of Republic in present times. Even though its legalization has not yet occurred, it must be noted that, in the period after the enactment of the law nº 25/2016, of 22nd of August, in which this practice was recognized in the Portuguese law, surrogacy arrangements were, in fact, celebrated. Human reproduction through surrogacy arrangements, for a short amount of time, was no longer a distant and unknown reality, having, therefore, been in the availability of couples who fulfilled their access requirements.

Concurrently, it's important to clarify that the lack of opening towards this practice in the present times does not necessarily mean it will continue to be a prohibited practice in the future. Therefore, the theme of this dissertation was relevant in the past and, most likely, will continue to be relevant in the future.

With the study presented, we aim to contribute to the analysis of surrogacy's requirements in Portuguese labor law. Consequently, we are focused on the regulatory proposal that took place at the time this practice was introduced in the Portuguese law and we carry out a study of the envisaged solutions and problems raised in legal systems where surrogacy already is a relatively recurrent practice. We shall not forget, as it could not fail to be, the legal and case law's answer given by the European Union concerning this matter.

Key-words: labor law; surrogacy; parental leave; maternity; paternity.

Índice

Indicações de leitura	xv
Abreviaturas e siglas utilizadas	xvii
INTRODUÇÃO	19
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS E INTRODUTÓRIAS: PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA E O PARTICULAR CASO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	23
1. Enquadramento jurídico	23
2. Técnicas de procriação medicamente assistida	24
3. Gestação de substituição	27
3.1 Conceito e terminologia	27
3.2 Regulamentação inicial e posterior alteração: “a arte de procrastinar”?	30
3.3 Eventual estabelecimento da paternidade: principais questões	37
CAPÍTULO II– GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DE ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS: PROIBIÇÃO <i>VERSUS</i> ADMISSIBILIDADE	41
1. Nota introdutória	41
2. O caso do Reino Unido	45
2.1. Da legalidade dos <i>Surrogacy Arrangements</i>	45
2.2. Dos direitos laborais da <i>Surrogate Mother</i>	48
2.3. Dos direitos laborais do(s) <i>Intended Parent(s)</i>	51
i. Da pronúncia do Tribunal de Justiça da União Europeia	51
ii. A realidade atual do(s) <i>Intended Parent(s)</i>	54
3. O caso do Chipre e o caso da Grécia	58
3.1 Chipre	58
3.2 Grécia	61
4. O caso [de alguns Estados] dos Estados Unidos da América	62
4.1 O caso específico do Estado da Califórnia	64
CAPÍTULO III – REGIME DA PARENTALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES	71
1. Da influência europeia	72
1.1. Na licença de maternidade	72
1.2. Na licença de paternidade e de parentalidade	73
2. Do regime nacional	75

2.1. A trabalhadora grávida, puérpera e lactante	76
2.2. Das licenças, dispensas e faltas	78
i. Licenças	78
ii. Dispensas e faltas	88
2.3. Das normas relativas ao tempo de trabalho	91
i. Do regime de trabalho a tempo parcial	93
ii. Do regime de horário flexível	94
2.4. Do regime da adoção	96
2.5. O regime para casais do mesmo sexo	100
CAPÍTULO IV – REGIME DA PARENTALIDADE NO QUADRO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: POSSÍVEIS SOLUÇÕES	103
1. A solução legislativa – Decreto Regulamentar nº 6/2017	103
2. Estudo de soluções alternativas	106
2.1. Em caso de legalidade dos contratos de gestação de substituição	106
2.2. Perante a não legitimação dos contratos de gestação de substituição	108
i. A resposta do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	109
ii. O caso de Espanha	111
iii. Possíveis respostas nacionais	116
CONCLUSÕES	125
Bibliografia	129

Indicações de leitura

A primeira citação de todas as obras e de todos os artigos consultados é feita em nota de rodapé e é identificada pelo nome do autor, título, editora, local de publicação, data e página(s) (referência completa que consta igualmente da lista de bibliografia final, ordenada por ordem alfabética). Nas referências subsequentes é indicado apenas o autor, título e página(s) da obra, título substituído, todavia, pela sigla *ob. cit.* ou título abreviado com a indicação de citado (cit.) no caso de se mencionarem na dissertação outras obras do(s) mesmo(s) autor(es).

As transcrições das obras estrangeiras citadas são feitas, em regra, em língua portuguesa em conformidade com o Novo Acordo Ortográfico e são da responsabilidade da autora. As referências a legislação estrangeira são, em todo o caso, apresentadas, em nota de rodapé, na língua original.

Nos termos do Despacho Reitoral RT-31/2019, o texto é escrito em conformidade com o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa. Mantém-se, todavia, a grafia original da legislação (à exceção da indicação do mês de publicação que é referido em minúscula), da jurisprudência e das citações utilizadas.

Abreviaturas e siglas utilizadas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AAVV	Autores vários
Ac.	Acórdão
al.(s)	alínea(s)
art.(s)	artigo(s)
CC	Código Civil (de 1966)
cfr.	confrontar / confrontar
CFRA	Moore-Brown-Roberti California Family Rights Act of 1993
CITE	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPMA	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
CPC	Código de Processo Civil (de 2013)
CRP	Constituição da República Portuguesa (de 1976)
CT	Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/02 (e posteriores alterações)
DL	Decreto-Lei
ECJ	<i>European Court of Justice</i>
ed.	edição
FMLA	<i>Federal Family and Medical Leave Act</i>
IDET	Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (Coimbra)
IPs	<i>Intended Parents</i>
IRCT	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho

JOCE	<i>Jornal Oficial das Comunidades Europeias</i>
JOUE	<i>Jornal Oficial da União Europeia</i> (depois de 1 de fevereiro de 2003)
LPMA	Lei da Procriação Medicamente Assistida aprovada pela Lei n.º 32/2006, de 26/07 (e posteriores alterações)
n.º	número
NPLA	California's <i>New Parent Leave Act</i>
OIT	Organização Internacional do Trabalho
Pág.(s)	Página(s)
PDL	<i>Pregnancy Disability Leave</i>
PMA	Procriação Medicamente Assistida
RJPA	Regime Jurídico do Processo de Adoção
Sec.	Section
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
UE	União Europeia

INTRODUÇÃO

A investigação desenvolvida ao longo da presente dissertação visa analisar as repercussões que a esperada legitimação da gestação de substituição no ordenamento português terá no Direito do Trabalho.

Na verdade, o enquadramento jurídico da gestação de substituição no nosso ordenamento tem passado por um processo de alguma indefinição, com diversos *avanços e recuos*. De uma proibição total e absoluta, afirmada em 2006 pela LPMA¹, passou a admitir-se, em 2016, com a alteração introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22/08, o recurso à gestação de substituição, ainda que a título excecional e com carácter gratuito². Acontece que, em 2018, o TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de normas da LPMA relacionadas com alguns aspetos da regulamentação da gestação de substituição.

Em face do exposto, poderia o tema do presente trabalho ser considerado desatualizado ou inoportuno. Mas, como a história nos tem habituado, todas as alterações paradigmáticas marcantes oferecem tremenda resistência nos seus momentos iniciais. Nenhuma alteração legislativa significativa ocorre, em regra, de forma linear, sem encontrar obstáculos no seu percurso. E a prova de que a gestação de substituição é, precisamente, uma dessas situações, revela-se nos trabalhos contínuos que têm tido lugar para que a LPMA possa ser novamente alterada (veja-se Projeto de Lei n.º 1007/XIII/4.^a, do Bloco de Esquerda, Projeto de Lei n.º 1010/XIII/4.^a, do Partido Social Democrata, Projeto de Lei n.º 1024/XIII/4.^a, do Partido Socialista, Projeto de Lei n.º 1031/XIII/4.^a, do Partido Comunista Português, e Projeto de Lei n.º 1033/XIII/4.^a, do Partido Pessoas-Animais-Natureza, sendo que culminou na aprovação do articulado de

¹ A LPMA, aprovada pela Lei n.º 32/2006, de 26/07, foi já alterada por seis vezes pelos seguintes diplomas: Lei n.º 59/2007, de 04/09, Lei n.º 17/2016, de 20/06, Lei n.º 25/2016, de 22/08, Lei n.º 58/2017, de 25/07 (sendo que este último diploma procedeu à sua republicação), Lei n.º 49/2018, de 14/08, e Lei n.º 48/2019, de 08/07. Na redação original, estabelecia-se a nulidade dos “negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição”, expressão legal utilizada, à época, para identificar o instituto da gestação de substituição.

² Adicionou-se, assim, um n.º 2 ao art. 2.º da LPMA, relativo ao âmbito de aplicação do diploma, determinando-se que a presente lei “aplica-se ainda às situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º”.

substituição apresentado pela Comissão de Saúde, relativo ao Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4.^a, do Bloco de Esquerda, que acabou por dar origem ao Decreto da Assembleia da República n.º 383/XIII).

De facto, a última alteração ao diploma, precisamente respeitante à matéria da gestação de substituição, foi aprovada a 19 de julho de 2019, com os votos favoráveis do Partido Socialista, do Bloco de Esquerda e de 21 deputados do Partido Social Democrata³. Na tentativa de promulgação daquela que seria a sétima alteração à referida lei, foi esse diploma, a 26 de agosto de 2019, enviado pelo Presidente da República ao TC, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade⁴, por, mais uma vez, não ter sido devidamente consagrada a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos pais-beneficiários, fiscalização essa que, como veremos, determinou a manutenção da decisão de inconstitucionalidade.

Não obstante, é com base nas constantes tentativas de alteração à LPMA que se vão sucedendo que consideramos que, apesar de o acesso e a eventual generalização à gestação de substituição não terem ainda lugar no panorama atual português, este não será um cenário definitivo nem, tão-pouco, duradouro, pelo que as suas implicações nas mais variadas áreas do Direito podem e devem continuar a ser exploradas. Aliás, se há temática que apela a uma visão interdisciplinar – quer numa perspetiva histórica, quer em termos de valoração axiológica, quer em matéria de regime jurídico – é, inegavelmente, a da gestação por substituição. Particularmente no âmbito jurídico, a gestação por substituição, nacional e internacionalmente, suscita múltiplas e intrincadas questões ao Direito Constitucional, ao Direito Civil, ao Direito da Família, ao Direito Penal, ao Direito do Trabalho, revelando tratar-se de uma realidade poliédrica, complexa e, seguramente, controversa⁵.

³ Fonte: *O Observador*. Disponível em <https://observador.pt/2019/08/26/pma-marcelo-envia-pela-primeira-vez-diploma-para-o-tribunal-constitucional/> [consul. Em 29/08/2019]

⁴ Fonte: <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=168227>

⁵ Nesse sentido, veja-se AAVV, *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: Derecho de los menores y maternidad por sustitución*, sob coordenação de LEONOR SUÁREZ LLANOS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 17. A obra coletiva citada é, inclusivamente, um exemplo de que, mesmo sendo a gestação de substituição proibida à luz do direito positivo espanhol, nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixam de refletir sobre as (possíveis) incidências jurídicas do fenómeno, nomeadamente no Direito do Trabalho.

O estudo a ter lugar pretende, então, analisar as implicações que tal decisão virá a ter no que concerne ao Direito do Trabalho, mormente à atribuição dos direitos de parentalidade.

A importância da proteção da parentalidade reflete-se, de forma clara, quando analisamos a atenção legislativa que recai sobre este tema. A força e o impacto social desta matéria são de tal ordem que organizações internacionais, como a OIT e a UE, tomaram a decisão de agir, tendo intervindo no que concerne à regulamentação de uma proteção mínima que todos os Estados devem assegurar.

No que toca à aplicação destes conceitos e de distribuição de direitos laborais em situações de gestação de substituição, existe pronuncia internacional e supraestadual, analisada ao longo das páginas que se seguem.

Um outro elemento essencial para que possamos delinear o caminho que nos dará a solução mais pertinente para o nosso ordenamento, no que a esta matéria diz respeito, passa pelo estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos onde a gestação de substituição é já uma prática comum e, por conseguinte, também a atribuição de direitos de parentalidade a ambas as partes do contrato de gestação é um tema devidamente legislado e estudado.

Nestes termos, o objetivo principal do presente trabalho incide sobre os direitos laborais a atribuir a cada uma das partes de um contrato de gestação de substituição e com soluções pensadas para situações em que todas as partes desse contrato são, por outro lado, partes em relações de trabalho *per si*. Visa, acima de tudo, ser uma reflexão para que, tanto as próprias partes, como as correspondentes entidades empregadoras possam obter respostas no que respeita aos direitos laborais dos trabalhadores que se encontrem na situação descrita.

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS E INTRODUTÓRIAS: PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E O PARTICULAR CASO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

1. Enquadramento jurídico

A problemática envolvente à procriação medicamente assistida foi, já, alvo da atenção do legislador e, como tal, comporta regras e condições legalmente impostas para legitimar o acesso às mesmas.

Apesar do alvoroço mediático que, em 2016, pairou sobre a última alteração à LPMA, a regulamentação legal desta matéria não configurou uma novidade no ordenamento jurídico português, na medida em que a procriação medicamente assistida foi, pela primeira vez, abordada pelo legislador português já em 2006, com a publicação da versão original da Lei n.º 32/2006, de 26/07.

Não obstante, a porta para a regulamentação deste assunto tinha já sido aberta com a revisão constitucional que tomou lugar em 1997, momento em que foi introduzida a alínea e) ao n.º 2 do art. 67º da CRP⁶, consagrando-se constitucionalmente a admissibilidade de recurso às técnicas de PMA.

Pese embora tivesse sido elaborado, no mesmo ano, o Decreto n.º 415/VII, movido pela aprovação da Proposta de Lei n.º 135/VII, com vista à regulamentação desta matéria, tal iniciativa legislativa foi alvo de veto presidencial⁷, não tendo sido promulgada. A temática da PMA apenas seria novamente alvo de legislação ordinária em 2006.

Como é, então, notório, apesar das alterações que foi sofrendo ao longo dos anos, a atenção legislativa neste âmbito não conforma novidade em Portugal. Na realidade, o legislador parece, nos tempos mais recentes, querer emendar os erros passados, adotando uma posição mais ativa no que respeita à atualização da indicada lei: desde a primeira versão, em 2006, o regime da procriação medicamente assistida foi

⁶ Art. 40º da Revisão Constitucional 1/97, de 20/09, Quarta Revisão Constitucional.

⁷ Diário da República, série N.º105/VII/4 1999.09.02. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/082/1999-08-03/2316?pgs=2316&org=PLC>. Sobre este assunto, veja-se SUSANA SILVA, *Procriação Medicamente Assistida, Práticas e Desafios*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2014, pág. 59.

alvo de bastantes alterações, nomeadamente através da Lei n.º 59/2007, de 04/09; da Lei n.º 17/2016 de 20/06; da Lei n.º 25/2016, de 22/08; da Lei n.º 58/2017, de 25/07; da Lei n.º 49/2018, de 14/08 e da mais recente alteração introduzida pela Lei n.º 48/2019, de 08/07.

Sem descurar a atenção que tem sido dispensada à adaptação da legislação da PMA e do esforço legislativo nesse sentido, importa questionar se as alterações mais recentes são, ainda assim, suficientes para retratar as mudanças ideológicas e sociais atualmente em curso ou se, por outro lado, a LPMA está ainda longe de se conseguir adaptar à realidade atual, temática essa que será alvo de escrutínio *a posteriori*.

2. Técnicas de procriação medicamente assistida

“Para quê, para quem, com que custos?”⁸: é com esta tríade que o CNPMA aborda e visa cativar a atenção dos cidadãos para a questão da PMA⁹.

Nas várias alterações que a LPMA sofreu, como sucede com qualquer diploma legal ao longo do tempo, poderia, numa primeira leitura, depreender-se que a sua génese e essência legislativa se mantiveram inalteradas. No entanto, uma visão atenta sobre tais alterações revela a falaciosidade dessa aparente imutabilidade.

Com a redação primária de 2006, o carácter subsidiário do recurso às técnicas de PMA constituía parte fundamental de todo o diploma. O princípio da subsidiariedade em relação à procriação natural resultava inequivocamente consagrado no n.º 1 do art. 4º da LPMA, revelando-se objetiva a *ratio legis* inerente: de alienar os métodos assistidos, consagrando-os apenas como forma alternativa de reprodução¹⁰.

⁸ SALVADOR MASSANO CARDOSO, Conferência *As Leis da IVG e da PMA - Uma Apreciação Bioética*, Ciclo de Conferências CNECV, Porto, 2011, págs. 11-19.

⁹ Atento o tema da presente dissertação, os custos e a finalidade não serão alvo de posteriores reflexões Sobre este assunto ver Portaria n.º 154/2009, de 09/02.

¹⁰ Neste sentido, ver COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS – *Utilização de Técnicas de Procriação Medicamente Assistida (projetos)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, 1990, pág. 25.

O recurso a técnicas de PMA ficava, então, dependente de um diagnóstico de infertilidade¹¹. Não obstante, o âmbito do recurso a técnicas de PMA era alargado a situações em que este fosse o único meio para prevenir a transmissão de doenças do foro genético, infeccioso ou qualquer outra que se afigurasse grave¹², sem prejuízo do disposto no n.º 3 do art. 4º da LPMA.

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20/06, este paradigma foi alterado. Não obstante a continuidade da consagração do carácter subsidiário das técnicas de PMA, no n.º 1 do art. 4º da LPMA, com a referida alteração, este artigo sofreu um aditamento, passando a consagrar no n.º 3, que “as técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”.

Tal alteração legislativa não pode ser entendida senão como uma derrogação da natureza subsidiária das técnicas de PMA, uma autêntica mudança paradigmática que

¹¹ SALVADOR MASSANO CARDOSO, *ob. cit.* pág. 13, afirma que “a procriação medicamente assistida deverá respeitar o princípio da subsidiariedade e, como tal, utilizada quando forem esgotados todos os meios de cura das causas de esterilidade ou quando a gravidez não possa ser alcançada de forma natural”.

Salvo o devido respeito, a observação não nos parece inteiramente rigorosa. É que, apesar de tal afirmação ser válida em determinados países da UE, como é o caso de Itália, uma vez que “a lei italiana restringiu o recurso às técnicas de PMA aos casos em que não existem outros métodos terapêuticos eficazes para remover as causas de esterilidade ou infertilidade” [cfr. MARTA COSTA e PAULA MARTINHO DA SILVA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (E Legislação Complementar)*, Coleção PLMJ, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 19], o mesmo não parece poder concluir-se relativamente a Portugal, uma vez que não existe qualquer medida legal que preveja a necessidade de esgotamento prévio de meios de cura para a esterilidade. Na verdade, e como parece resultar do n.º 2 do art. 4º da LPMA, é pressuposto da utilização destas técnicas o mero diagnóstico de infertilidade e não qualquer tipo de confirmação de que foram exaustivamente esgotados quaisquer tratamentos no sentido de reverter a situação de infertilidade.

¹² Cfr. n.º 2 do art. 4º da LPMA. O TC, no Ac. n.º 101/2009, de 03/04, delimitou o conceito indeterminado de *outras doenças*. No indicado aresto pode ler-se: “A possibilidade de alterar as características não médicas de um nascituro opera segundo um princípio de subsidiariedade e quando exista um elevado risco de transmissão de doença genética grave ou necessidade de tratamento de doença grave de terceiro (artigo 7º, n.º 3); e, por outro lado, as técnicas de DGPI (que necessariamente devem destinar-se apenas a essas finalidades preventivas e terapêuticas) devem ter em consideração as boas práticas médicas integradas pelas recomendações de organismos com competência técnica nesta área. E esse é seguramente um princípio geral que não pode deixar de ser considerado no quadro jurídico que decorre do artigo 4º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006. As *outras doenças* a que essa norma se refere, no seu segmento final, são aquelas relativamente às quais se venha a verificar futuramente ser possível prevenir o risco de transmissão por meio de uma técnica de PMA, quando se trate de doença grave (ainda que não seja doença genética ou infecciosa) e não seja possível o mesmo resultado por um outro método de prática clínica”. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>

atribuiu natureza alternativa ao acesso a estas técnicas e, conseqüentemente, erradicou a necessidade de verificação de uma situação de infertilidade.

Ao exposto, acresciam outras condições de acesso. Desde logo, apenas podiam ser aplicadas técnicas de PMA em quem tivesse, no mínimo, 18 anos e desde que não existisse uma sentença de acompanhamento que vedasse o recurso a tais técnicas¹³. Concomitantemente, e como decorre do n.º 1 do art. 6º da LPMA, tais técnicas estariam ao alcance de todas as mulheres – independentemente do estado civil e da orientação sexual – e de casais de sexo diferente ou de casais de mulheres, casados ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges^{14 15}.

¹³ Neste âmbito JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, «A Lei nº 32/06, sobre procriação medicamente assistida», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, ano 67, Vol. III. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>, considera encontrar lacunas legais, entendendo que “o preceito não acautela situações necessariamente associadas. Que acontece, se algum dos candidatos sofre notoriamente de anomalia psíquica mas não está interdito nem inabilitado? A lei não deu por isso”. Com o devido respeito, não seguimos a linha de pensamento do Autor. Na verdade, entendemos que as normas de interpretação jurídicas devem aqui tomar lugar e que deve ser considerado o espírito da norma, com a conseqüente interpretação extensiva a ser feita. Como não podemos ignorar, o espírito da norma será no sentido de não permitir que pessoas com anomalia psíquica possam beneficiar destas técnicas. Apesar de nada o obrigar, julgamos que, uma vez que os beneficiários têm de ser alvo de exames e consultas médicas, constitui um verdadeiro dever do especialista de saúde reportar qualquer anomalia psíquica de que se aperceba no decorrer do acompanhamento. Ainda que tal anomalia psíquica não esteja oficializada através do decretamento do regime de acompanhamento de maior, caso se verifiquem os seus pressupostos, somos da opinião que, nestas situações, deve o médico responsável pela efetivação da técnica de PMA dar o seu parecer à Ordem dos Médicos, de forma a que esta possa tomar uma decisão informada e conscienciosa no direito de audição de que goza no âmbito do art. 8º, n.º 3. Em todo o caso, uma solução alternativa poderia passar pela instituição de testes psicológicos, com carácter obrigatório, a que todos candidatos às técnicas de PMA teriam de ser sujeitos, como pressuposto essencial para utilização destas técnicas.

¹⁴ Até à entrada em vigor das alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20/06, o leque de possíveis beneficiários era mais restrito. Conforme resulta da letra do n.º 1 do art. 6º da revogada Lei 59/2007, de 04/09, apenas poderiam recorrer a estas técnicas pessoas casadas que não se encontrassem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivessem em condições análogas às dos cônjuges há, pelo menos, dois anos. Era, assim, exigida, uma estrutura biparental.

¹⁵ Neste âmbito, refere MAFALDA TEIXEIRA ALVES, *O Princípio da Verdade Biológica e a Procriação Medicamente Assistida*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2018, pág. 28, que “com a alteração à lei nº32/2006 introduziu pela lei nº17/2016, o artigo 6º/1 passou a permitir aos beneficiários fossem casais de sexo diferente ou casais de mulheres, permitindo a todas as mulheres o acesso à PMA, independente do estado civil. Se assim não fosse, estávamos perante uma violação de princípios constitucionais, desde logo, do princípio da igualdade de tratamento (art.13/2CRP), sendo proibida a discriminação em função da orientação sexual. O princípio da igualdade abrange várias dimensões, nomeadamente, a proibição de discriminação não sendo legítimos quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos, mas não significa que exista uma igualdade absoluta. Assim na orientação sexual procura-se evitar discriminações direitas ou indiretas. A restrição do acesso das técnicas de PMA a casais

3. Gestação de substituição

3.1 Conceito e terminologia

Apesar de a gestação de substituição não consubstanciar uma técnica de PMA *per se*, o seu regime encontra-se estatuído na Lei n.º 32/2006, por força do nº 2 do art. 2º da mesma. Na redação original da LPMA, apesar de o diploma não ignorar a figura, determinava-se, todavia, a nulidade dos “negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição”¹⁶, expressão legal com que era designada a gestação de substituição¹⁷. É só em 2016, com a alteração introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22/08, que a LPMA passa, assim, a admitir a gestação de substituição¹⁸, ainda que a título excepcional e com carácter gratuito¹⁹.

Atualmente exposto no art. 8º, nº 1, o conceito de gestação de substituição é descrito como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”²⁰.

de mulheres ou a mulheres independentemente do seu estado civil ou orientação sexual desrespeitava o princípio da proibição da discriminação em função da orientação sexual, que se encontra no art.14º da Comissão Europeia dos Direitos Do Homem.”

¹⁶ Nos termos da redação original do n.º 1 do art. 8º da LPMA.

¹⁷ Refira-se que não estamos aqui na presença de uma técnica de PMA propriamente dita. Como se lê no PARECER n.º 87/2016 do CNECV: “A diferença fundamental da «gestação de substituição» relativamente às demais técnicas reside na utilização do corpo de outra mulher que não a beneficiária, sendo a realização de um projeto parental dissociada da gestação e do parto”, pág. 15. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf

¹⁸ Em sentido contrário ao já referido PARECER n.º 87/2016 do CNECV que entendia que tal matéria, originalmente constante do Projeto de Lei n.º 36/XIII (1ª), não se encontrava suficientemente regulada e, como tal, não justificava a alteração legislativa. A temática já havia sido analisada pelo CNECV, no seu PARECER n.º 63/2012, onde foi indicado um conjunto de 13 condições para a aceitação da gestação de substituição em Portugal.

¹⁹ De notar que, apesar da consagração destas características, nunca foi determinantemente excluída a possibilidade de cidadãos estrangeiros recorrerem a esta técnica em Portugal. Perante esta situação, Portugal recebeu 43 pedidos de casais estrangeiros, na sua maioria espanhóis, tendo mesmo sido autorizado um casal de espanhóis a levar a cabo uma gestação de substituição em Portugal. Neste sentido, LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 149.

²⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO apresenta o que classifica como uma “definição mais neutra: na maternidade ou gestação de substituição, uma mulher dispõe-se a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto a outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe” (*O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., AAFDL, 2018, pág.179).

Esta possibilidade de se recorrer à gestação de substituição²¹, apesar de consubstanciar uma alteração legislativa de extrema relevância e de demonstrar uma abertura e adaptação acentuada à evolução social, foi introduzida de forma cautelosa, não representando um qualquer meio opcional e alternativo de procriação. Reflexo do princípio *ultima ratio* subjacente - que já se manifestava quando era considerado um meio subsidiário de reprodução - emergem os exigentes, taxativos e cumulativos critérios para a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição.

O caráter de excecionalidade é indissociável da figura dos contratos de gestação de substituição, tendo de estar impetuosa e obrigatoriamente subjacente à celebração de todo e qualquer contrato. Tal excecionalidade manifesta-se através dos pressupostos categoricamente necessários para a celebração destes negócios jurídicos: a constituição de uma situação de gestação de substituição apenas pode ter lugar em casos de lesão, de doença ou de ausência de útero, que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou “em outras situações clínicas que o justifiquem”. A confirmação destas situações e a consequente autorização – obrigatória – de que carece a celebração destes contratos encontra-se a cargo do CNPMA, antecedida da audição da Ordem dos Médicos.

Acresce ao disposto, como condição *sine qua non* para a celebração destes contratos, a gratuidade dos mesmos. O n.º 5 do art. 8º²² proíbe veemente que a celebração de contratos de gestação de substituição esteja dependente ou de qualquer modo correlacionada com o pagamento ou doação de qualquer quantia ou bem à gestante de substituição²³, instituindo a obrigatoriedade da natureza gratuita do negócio.

²¹ De acordo com a Lei n.º 25/2016, que será a base da análise que, neste ponto, estamos a efetuar.

²² Em maio de 2015, a Assembleia da República aprovou o Decreto n.º 27/XIII, diploma onde foi prevista, pela primeira vez, a legalização do recurso à maternidade de substituição nos casos de absoluto e definitivo impedimento de gravidez da mulher. A promulgação como lei do referido diploma nunca se verificou porquanto foi alvo de veto presidencial, em junho de 2016 (disponível em <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689>).

Apenas com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/2016, de 22/08 – resultante da aprovação na Assembleia da República e da promulgação presidencial do Decreto n.º 37/XIII –, se tornou possível a celebração de contratos de gestação de substituição.

²³ Excetua-se qualquer despesa que decorra do acompanhamento de saúde necessário e prestado, incluindo despesas de deslocação.

Ainda como pressupostos necessários para a autorização do CNPMA, impõe-se, por um lado, a obrigatoriedade de, pelo menos, um dos gâmetas utilizados pertencer aos beneficiários e, por outro lado, a restrição de a mesma pessoa concentrar em si, concomitantemente, a figura de dadora de ovócitos e de gestante de substituição. Aliás, no Ac. do TC n.º 227/2018, de 24/04, sublinhou-se, precisamente, a distinção que se impõe fazer quanto às modalidades de gestação de substituição possíveis, valoradas de forma diferente quanto à sua licitude: “a *proibida (substituição genética, em que, na conceção por ato sexual ou mediante a utilização de técnicas de PMA, a gestante contribui com os seus ovócitos) e aquela que é permitida, a título excepcional (substituição meramente gestacional, que implica que a gestante se submeta a técnicas de PMA sem contribuir com os seus ovócitos para a formação do embrião)*”²⁴.

E com base nos pressupostos supra descritos, o próprio TC traça o perfil do que pode designar-se por modelo português de gestação de substituição “enquanto instituto jurídico ou figura jurídica *a se*: a mesma reveste carácter *subsidiário* e *excepcional*, assume uma *natureza meramente gestacional*, pressupõe o *consentimento autónomo* dos interessados destinado a garantir a sua voluntariedade e tem de ser formalizada por via de um *contrato a título gratuito*, previamente autorizado, encontrando-se tal competência autorizativa atribuída ao CNPMA”²⁵.

Uma nota no sentido de evidenciar, a par das mudanças paradigmáticas desta temática no ordenamento legal, as alterações terminológicas que tiveram lugar. Como já referido inicialmente, com a redação primordial da Lei n.º 36/2006, de 26/07, a expressão *gestação de substituição* não era ainda aplicada. Nos termos do art. 8.º da referida versão, qualquer situação em que uma mulher se dispusesse a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciado aos poderes e deveres próprios da maternidade – apesar de considerada nula – , era designada *maternidade de substituição*. É novamente, apenas em 2016, com a alteração

²⁴ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Continua o TC realçando que “a lei acautela a existência de uma *ligação genética com pelo menos um dos beneficiários*, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, exigindo o recurso a gâmetas de, pelo menos, um deles. Acresce que a lei *exclui em absoluto a substituição genética*: «a gestante de substituição [não pode], em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante»”.

²⁵ Ac. do TC n.º 227/2018, de 24/04. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22/08, que na LPMA é substituída esta expressão por *gestação de substituição*.

3.2 Regulamentação inicial e posterior alteração: “a arte de procrastinar”²⁶?

Tal como já referido anteriormente, o enquadramento jurídico da gestação de substituição no ordenamento português tem passado por um processo de *avanços* e de *recuos*.

Até 2016²⁷, a então designada «maternidade de substituição» era proeminentemente proibida no ordenamento português. Qualquer negócio através do qual uma mulher se dispusesse a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade, era considerado nulo²⁸.

Em termos gerais, uma declaração de nulidade de um negócio jurídico importa a não produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes e, concomitantemente, a restituição de tudo o que houver sido prestado. Como bem se pode perceber, atento a natureza dos negócios e valores jurídicos em causa, tal consequência não se poderá aplicar *ipsis verbis* em casos de maternidade de substituição. Também o legislador teve sensibilidade para esta questão, motivo pelo qual consagrou consequência própria da nulidade dos negócios de maternidade de substituição. Por conseguinte, para a LPMA, na redação conferida pela Lei nº 17/2006, de 20/06, toda a mulher que suportasse uma gravidez em substituição de outrem era havida como a mãe da criança que nascesse, para todos os efeitos legais²⁹. Às consequências civis, acrescia a responsabilidade

²⁶ Expressão utilizada por RAFAEL VALE E REIS, «Gestação de substituição: a arte de procrastinar?», *Público online*, Agosto de 2019. Disponível em <https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao-arte-procrastinar-1884682>

²⁷ Até à promulgação da Lei n.º 25/2016, de 22/08.

²⁸ Nº 1 do art. 8º da LPMA na redação vigente até à entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, de 22/08.

²⁹ Esta solução advém do regime estabelecido no CC para o estabelecimento de maternidade. No ordenamento português, e como resulta do art. 1796º, n.º 1, do CC, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento, isto é, o parto é o critério de maternidade (*mater sempre certa est*). A este propósito, GUILHERME DE OLIVEIRA chega a referir que “a mãe não «perfilha», não manifesta qualquer vontade de admitir o filho, nem pode rejeitar o facto da maternidade” (*Estabelecimento da Filiação*, Almedina,

criminal das partes contraentes. A celebração de contratos de maternidade de substituição consubstanciava uma conduta ilícita, prevista e punida pelo art. 39º da LPMA, com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias.

O paradigma descrito foi alterado com a entrada em vigor da Lei 25/2016, de 22/08. Este diploma legal veio legitimar, sobre restritos termos e condições – identificados no ponto precedente –, a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição³⁰.

Consequentemente, com a legalização e descriminalização³¹ da prática, o regime civilista aplicado a este tipo de contratos foi alterado. Apesar de a possibilidade de estes negócios jurídicos serem declarados nulos não ser totalmente afastada³², nas situações em que o contrato de gestação de substituição é válido, e, como tal, reconhecido como legítimo pela ordem jurídica, nunca se poderia manter a solução até aqui em vigor, em que a gestante de substituição era considerada mãe da criança que viesse a nascer. Nestes termos, e como uma das maiores alterações, surge o n.º 7 do art. 8º, afastando a regra do estabelecimento da maternidade pelo ato do nascimento e consagrando que a criança que vier a nascer como resultado de um contrato de gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.

Esta é, em traços gerais, a realidade jurídica que parece resultar da atual redação da LPMA. Mas será mesmo assim?

Em 2018, um grupo de Deputados da Assembleia da República, no uso do poder conferido pelo art. 281º, n.º 2, al. f), da CRP, remeteu ao TC um pedido de fiscalização

Coimbra, 2003, pág. 8). No mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *A Inseminação Artificial E A Filiação Perante O Direito Português E O Direito Brasileiro*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 3843, 1994, pág. 68.

³⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO declara que “o direito português passou de um modelo de proibição absoluta da gestação de substituição para um modelo de proibição relativa”, *ob. cit.*, pág. 187.

Sobre este assunto, ver AAVV, *Colóquio Internacional - Que futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, sob a coordenação de Maria João Antunes e Margarida Silvestre, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, pág. 53 a 57.

³¹ No que respeita à descriminalização da conduta, a redação atual do art. 39.º da LPMA deixa de prever como conduta criminosa a celebração destes contratos, criminalizando apenas as situações em que os contratos assumem natureza onerosa ou que não estejam conformes com os n.ºs 2 a 6 do art. 8º. Pune ainda, com pena de prisão até 5 anos, quem retirar benefício económico destes contratos ou da sua promoção.

³² Cfr. art. 8º, n.º 12. Na medida em que, se não forem respeitados e cumpridos os critérios taxativamente previstos para que o negócio seja válido, tais contratos são considerados nulos.

sucessiva e abstrata de constitucionalidade, requerendo a declaração de inconstitucionalidade, com força geral e obrigatória, do art. 8º da LPMA. Neste seguimento, o TC, no Ac. n.º 225/18, de 24 de abril de 2018, declarou a inconstitucionalidade, com força geral e obrigatória, das normas contidas nos números 4, 10 e 11 do art. 8º da LPMA e, consequentemente das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo “por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1”; da norma do n.º 8 do art. 8º da LPMA em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa”; do n.º7 do art. 8º da LPMA, em consequência das inconstitucionalidades já referidas; da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, “por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo” e, por último, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória e geral, “das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26

de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa”.

Sem prejuízo, evidencia-se que da decisão do TC não se retira a falta de concordância com legitimação da gestação de substituição. Na verdade, a matéria alvo de declaração de inconstitucionalidade prende-se com a forma como é efetivamente realizado este método e não com a gestação de substituição em si. Entre outros motivos, a falta de consagração de um período de arrependimento adequado para a gestante, fundamentou a decisão de inconstitucionalidade, motivo pelo qual, salvo melhor opinião, se encontra em aberto a hipótese de, perante uma formulação distinta dos critérios de índole regulamentar que inviabilizaram a prática, a gestação de substituição vir a ser uma prática aceite pelo ordenamento nacional, na medida em que parece não conflitar, *de per si*, com os princípios constitucionais portugueses.

Ainda assim, em face do exposto, importa analisar quais os efeitos práticos da decisão do Tribunal Constitucional. Relembramos que a “decisão de inconstitucionalidade em fiscalização abstrata [...] acarreta a erradicação da norma declarada inconstitucional do ordenamento jurídico. Consequentemente, quando haja inconstitucionalidade originária: a repristinação da norma anterior, mesmo se ao Tribunal Constitucional possa não caber determiná-la”³³.

A declaração de inconstitucionalidade das referidas normas do art. 8º da LPMA implica, então, a derrogação da permissibilidade da celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição do ordenamento português, em todo e qualquer caso³⁴.

³³ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. III, Tomo VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 73. Também neste sentido, GOMES CANOTILHO entende que “da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral resulta um «limite negativo geral vinculativo» do legislador: proibição da reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição-lei se transforma numa relação trilateral – Constituição- sentença- lei”, cfr. RUI MEDEIROS, *A Declaração de Inconstitucionalidade: Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, 1999, pág. 820 . No mesmo sentido, VITALINO CANAS, *Introdução às Decisões de Provimento Constitucional: Os Seus Efeitos em Particular*, Lisboa. 1994.

³⁴ Com a devida ressalva para a al. g) da decisão emitida no Ac. do TC n.º 225/18 que determinou, “ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas a), b) e c) não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente

Concomitantemente, para evitar a existência de vazios legais, a solução alcançada, consagrada no n.º 1 do art. 282º da Constituição, implica a repriminção das normas imediatamente anteriores em vigor. Previamente à promulgação da Lei nº 25/2016, encontrava-se em vigor a redação conferida pela Lei nº 17/2016 que, e em consonância com o aresto do TC nº 225/18, consagrava a nulidade dos contratos de gestão de substituição, com os efeitos legais já *supra* referidos.

Em face do exposto significa que, por força da decisão adotada pelo TC, em conjugação com a norma constitucional prevista no art. 282º, n.º 1, da CRP, no ordenamento português não é lícito o recurso à gestão de substituição.

Não obstante, não pode deixar de causar alguma curiosidade a cronologia dos eventos posteriores: o Ac. n.º 225/18 do TC data de 24 de abril de 2018, produzindo os seus efeitos de imediato. Ainda assim, e apesar de a última alteração legislativa à LPMA ter data posterior³⁵, não foi a redação do art. 8º modificada e restaurada à sua versão inicial. Mero lapso instrumental ou atitude intencional?³⁶

Num momento mais recente, a legalização do recurso a negócios jurídicos de gestão de substituição voltou a ser um tema em voga na Assembleia da República Portuguesa.

A 19 de julho de 2019 – e depois de uma série de outras iniciativas legislativas, como sendo o Projeto de Lei n.º 1007/XIII/4.ª, do Bloco de Esquerda, Projeto de Lei n.º 1010/XIII/4.ª, do Partido Social Democrata, Projeto de Lei n.º 1024/XIII/4.ª, do Partido

Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho”.

³⁵ Alteração introduzida pela Lei n.º 49/2018, aprovada em Assembleia em 18 de julho, promulgada em 2 de agosto e referendada em 6 de agosto de 2018.

³⁶ Neste sentido, RUI MEDEIROS *in A Decisão de Inconstitucionalidade: Os Autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora. 1999, págs. 822 e ss. defende que o legislador não se encontra vinculado à decisão de inconstitucionalidade, podendo reproduzir normas com conteúdo idêntico. Fundamenta a sua posição em diversos argumentos, entre os quais, o facto de a aceitação da proibição de reprodução das normas declaradas inconstitucionais conduzir a uma “*canonização* da interpretação acolhida pela jurisdição constitucional”, colocando em causa a abertura da Constituição, com uma consequência bloqueadora e até possível fossilização da Constituição. Não obstante, adota a ideia de uma limitação temporal às proibições de reprodução: entende que “uma eventual interdição de renovação da norma declarada inconstitucional está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus* ou, o mesmo é dizer, a «vinculação do legislador – onde seja reconhecida – não poderá deixar de ser entendida sob reserva duma modificação das circunstâncias»”.

Socialista, Projeto de Lei n.º 1031/XIII/4.ª, do Partido Comunista Português, e Projeto de Lei n.º 1033/XIII/4.ª, do Partido Pessoas-Animais-Natureza – foi aprovada em votação final global, com os votos favoráveis do PS, BE e de 21 deputados do PSD, aquela que poderia ser a sétima alteração à LPMA: o Decreto da Assembleia da República n.º 383/XIII³⁷.

O identificado diploma visava, entre o demais, alterar a redação do art. 8º da LPMA³⁸, sendo que propunha que no n.º 2 do identificado artigo se lesse: “A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher”. O diploma em questão, visava, ainda, colocar o texto atualmente no n.º 3 do art. 8º, no n.º 4, para que no n.º 3 se passasse a ler que “pode ser gestante de substituição a mulher que já tenha sido mãe”. Concomitantemente, o Decreto da Assembleia da República n.º 383/XIII previa que a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição dependesse de autorização prévia do CNPMA, entidade responsável por supervisionar todo o processo e que existisse obrigatoriamente a audição da Ordem dos Médicos.

O Decreto em causa previa outras modificações ao texto do art. 8º, como sendo, no n.º 6, a regulação do modo de início do processo e quais os documentos que lhe deviam ser anexados.

Introduzia algumas novidades, como sendo a preferência na escolha para o papel de gestante de substituição, que deveria recair em “parente em linha reta até ao 2º grau ou até ao 4º grau na linha colateral, afim até ao 2º grau ou adotante de pelo menos um dos beneficiários”.

Uma outra medida adotada no Decreto em causa, supunha a revogação dos atuais n.ºs 11 e 12 do art. 8º, que abordavam, respetivamente, a impossibilidade de imposição de comportamentos à gestante de substituição e a nulidade dos negócios jurídicos de gestação de substituição que não respeitem o disposto ao longo do art. 8º. Nesta senda,

37

Disponível

em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c755a47566a636d563062334d7657456c4a5353396b5a574d7a4f444d7457456c4a5353356b62324d3d&fich=dec383-XIII.doc&inline=true>

³⁸ Com as alterações introduzidas até à Lei n.º 49/2018, de 14/08.

importa ressaltar que o Decreto da Assembleia da República n.º 383/XIII não visava apenas alterações ao texto já existente, mas apontava também aditamentos a ter lugar, designadamente, a introdução de um art. 13º-A – respeitante aos direitos da gestante de substituição, e de um artigo 13º-B – respeitante aos deveres da gestante de substituição.

Não obstante a iniciativa legislativa que tomou lugar, por entender que a falta de consagração de um regime que considere a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos pais-beneficiários³⁹ poderia ser contrária à decisão emitida pelo TC no já referido Ac. nº225/2018⁴⁰, o Presidente da República solicitou ao TC, em 26 de agosto de 2019, no âmbito dos seus poderes de fiscalização preventiva da constitucionalidade, que apreciasse *se a alteração aprovada pelo Decreto da Assembleia da República, mantendo o regime que tinha sido declarado inconstitucional*⁴¹, *não desrespeita a declaração com força obrigatória geral do Tribunal*⁴².

Na sequência do pedido de fiscalização identificado, é, no dia 18 de setembro de 2019, publicado o Ac. do TC n.º 465/2019⁴³. Este considerou que o diploma em apreciação, “apesar de consubstanciar uma nova manifestação do poder legislativo no âmbito da definição do regime jurídico da gestação de substituição, o Decreto n.º 383/XIII propõe-se retomar, assim, quanto à possibilidade de revogação do consentimento da gestante de substituição, a mesma exata solução que foi objeto de apreciação no Acórdão n.º 225/2018. Isto é, “a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8 [n.º 13, na renumeração operada pelo artigo 2.º do Decreto], e 14.º, n.º 5, da LPMA, para o n.º 4 deste último, que o Tribunal considerou ser inconstitucional” e que, consequentemente,

³⁹ Decorrente do texto do n.º 8 do art. 8º (na redação do decreto, número 13) e da introdução do texto da al. j) do nº15 do mesmo artigo.

⁴⁰ Decisão esta que, recorde-se, declarou inconstitucional a norma constante do art. 14º da LPMA, na medida em que este previa a revogabilidade do consentimento apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

⁴¹ Isto é, a falta de consagração de um regime que considere a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos pais-beneficiários.

⁴² Fonte: <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=168227>

⁴³ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html>

“a norma constante da alínea j) do n.º 15 do artigo 8.º da LPMA, aditado pelo artigo 2.º do Decreto, constitui uma mera decorrência dessa opção legislativa”.

Foi, então, entendimento do TC, no Ac. nº 465/2019, que, “ao retomar, no proposto n.º 13 do artigo 8.º da LPMA, a proibição de revogação do consentimento da gestante após o início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida, o legislador optou por não consagrar a “única garantia” que o Tribunal Constitucional [no Ac. nº225/2018] considerou apta a assegurar que “a gestante não seja instrumentalizada” no âmbito do processo de gestação de substituição — justamente a salvaguarda da “possibilidade de a gestante revogar o seu consentimento para além do início dos processos terapêuticos de PMA”, sem a qual ocorreria a violação do seu “direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade”. Neste sentido, já se poderia adivinhar a decisão do TC nesta matéria, pelo que não configurou surpresa a declaração de inconstitucionalidade, “por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa”, da norma constante no art. 2º do Decreto nº 383/XIII da Assembleia da República quer na parte “em que reintroduz o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, 25/2016, de 22 de agosto, 58/2017, de 25 de julho, 49/2018, de 14 de agosto, e 48/2019, de 8 de julho, fazendo-o transitar para o n.º 13 daquele mesmo artigo, de acordo com a renumeração simultaneamente efetuada” quer, conseqüentemente, na parte em que, através do aditamento do n.º 15, al. j), ao art. 8º da referida Lei, prevê que os termos da revogação do consentimento prestado pela gestante tenham lugar nos moldes supra referidos.

3.3 Eventual estabelecimento da paternidade: principais questões

Com a repriminção da norma anterior, a consequência civilista prevista para a celebração de contratos de gestação de substituição será, como *supra* analisado, a

aplicação do regime geral quanto ao estabelecimento da maternidade, sendo a gestante considerada, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

Impõe-se, neste panorama, a seguinte questão: tendo sido utilizado material genético daquele que seria um dos beneficiários daquele contrato, leia-se o beneficiário-marido, poderá ser legítimo considerar que a nulidade do contrato apenas produzirá efeitos relativamente aquela que seria a “mãe jurídica” (beneficiária do contrato de gestação de substituição) e não quanto ao beneficiário-pai? Esclarecendo: será possível entender aquela como uma nulidade atípica, ficando, conseqüentemente, estabelecida a maternidade em relação à gestante e a paternidade em relação aquele que seria o beneficiário do contrato de gestação, nos casos em que é conhecido que foi utilizado o seu material genético para gerar a criança que vier a nascer do que se pretendia ser uma gestação de substituição?

Se atentarmos ao superior interesse da criança, esta pode revelar-se uma solução positiva. Os efeitos da nulidade do contrato de gestação de substituição atualmente consagrados implicam a atribuição da qualidade de mãe a uma pessoa que nunca tal equacionou nem, tão-pouco, desejou. Nestes termos, o interesse da criança que nascer desta situação é, não só passível, como extremamente provável, de ficar prejudicado visto nunca ter sido desejada por quem assume o papel de mãe. O estabelecimento da paternidade do primitivamente beneficiário e dador do material genético afigura-se, assim, como a forma de assegurar os melhores interesses da criança: à verdade biológica da paternidade, acresceria a vontade do reconhecimento da paternidade, fatores determinantes na apreciação global do superior interesse da criança⁴⁴.

⁴⁴ Relativamente ao estabelecimento da paternidade, refere EUFRÁISA CORREIA, *Mater sempre certa est? A Maternidade de Substituição no ordenamento jurídico português*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 38, que “dado que a maternidade jurídica é, de acordo com os ditames da nossa lei, atribuída à mulher que faz a gestação e «dá à luz», se esta for casada cai sobre o seu marido uma presunção de paternidade, nos termos do art. 1796º, n.º 2 e 1826º, n.º 1, do CC. De acordo com o art. 1832º, a mulher gestante tem a faculdade de declarar, aquando do nascimento, que o marido não é o pai da criança. Caso não o faça, das duas uma: se o marido da mãe de gestação tiver dado o consentimento para a inseminação cai sobre ele a presunção atípica dos arts. 14º e 20º da LPMA e, nos termos do art. 1839º, n.º 3, do CC ele perde a possibilidade de impugnar a paternidade. Se não tiver dado o seu consentimento, poderá intentar uma ação de impugnação de paternidade, nos termos do art. 20º, n.º 5, da LPMA, provando que não deu o seu consentimento para a inseminação, dado que a presunção de paternidade recai sobre o consentimento. O elemento masculino do casal de receção teria aqui a sua oportunidade, caso tenha contribuído com

Apesar de, numa primeira leitura, o estabelecimento da paternidade nestes casos poder não se revelar de grande importância para o estudo em questão⁴⁵, as suas implicações podem alterar drasticamente as soluções a adotar em termos de licenças de parentalidade, como analisaremos no Capítulo IV. Neste contexto pode adiantar-se o estudo a ter lugar no último capítulo, nomeadamente a pronúncia do TEDH. No caso *Mennesson v. France*⁴⁶, entendeu este Tribunal que a interpretação do art. 8º da Convenção implica que a falta de um mecanismo, no país de origem, que providencie a possibilidade do estabelecimento da filiação entre a criança nascida através de uma gestação de substituição e o pai-beneficiário que tenha contribuído com o seu material genético – pai biológico – constitui uma violação dos direitos da criança.

A análise a tomar lugar em momento posterior, sobre a problemática das licenças de parentalidade, afigura-se aqui passível de um adiantamento, de modo a que seja perceptível a interpretação global decorrente das questões agora colocadas. Vejamos:

Caso seja de aceitar que, na iminência de um contrato de gestação de substituição realizado já após a declaração de inconstitucionalidade dos nºs 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11 e 12 do art. 8º da LPMA, e com a consequente declaração da gestante como mãe, possa ser estabelecida a paternidade a favor daquele que seria o beneficiário desse

os seus gâmetas para o processo reprodutivo, de reconhecer voluntariamente a criança como seu filho (arts. 1849º e ss). É verdade que ele é, à primeira vista, um mero dador e de que assim sendo a paternidade não lhe poderá ser atribuída (art. 21º da LPMA) mas, do mesmo modo que a mãe de receção quando dá o óvulo não é uma mera dadora, ele também não é um dador qualquer, pois nem é anónimo, tendo contribuído com gâmetas para uma situação determinada, nem tem uma atitude desinteressada face à criança que virá a nascer. Ele construiu, juntamente com a sua esposa, um projeto de parentalidade, embora não reconhecido pela lei. Caso os gâmetas tenham sido fornecidos por um terceiro dador anónimo o novo ser não tem pai, pelo que só por adoção lhe pode ser atribuída a paternidade”.

⁴⁵ Por não ser esse o objetivo, não será alvo de posterior análise o modo como seria decretada a paternidade. Não obstante, levanta-se da problemática da criação de uma nova presunção legal – o que implicaria uma alteração ao próprio regime da gestação de substituição, na medida em que não se adequa à solução atualmente vigente- ou, por outro lado, se poderia ter lugar através de perfilhação. Relativamente a este assunto, relembrem-se as palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA *in O Estabelecimento da Filiação – mudança recente e perspectivas*, Coimbra, 1985, Pág. 19, em que esta possibilidade já era referida: “Por sua vez, a mulher casada que tenha «encomendado» o filho só dispõe do recurso técnico de adotar a criança. E o seu marido – afinal o pai biológico indiscutível porque deu o esperma que inseminou a mãe hospedeira ou que fertilizou in vitro o óvulo da sua mulher – não beneficia da presunção de paternidade porque a sua mulher não é considerada a mãe. Deste modo, ou adota também o seu próprio filho ou, mais razoavelmente, perfilha-o”.

⁴⁶ Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-145389>

contrato e que contribuiu com o seu material genético para a gravidez, o regime de parentalidade a aplicar apenas poderá seguir um caminho. Encontrando-se estabelecida a paternidade, e na eventualidade de abandono por parte da mãe/gestante⁴⁷ e conseqüente processo de adoção por parte da mãe/beneficiária⁴⁸, parece ter aplicação o disposto no art. 44º, n.º 4, do CT, concluindo-se pela inexistência do direito a licença por adoção, na medida em que se trata de uma adoção de filho de cônjuge ou de pessoa com quem vive em união de facto.

⁴⁷ O objetivo da presente dissertação não passa pela análise pormenorizada do regime do estabelecimento da maternidade ou da paternidade, nem pelo estudo da problemática da impossibilidade de renúncia às responsabilidades parentais consagrado no art. 1882º do CC. Não obstante, não pode ser ignorado que não é, na ordem jurídica portuguesa, possível renunciar às responsabilidades parentais *per se*, pelo que, a única forma possível de a situação descrita ter aplicabilidade real e prática seria no âmbito do abandono da criança pela mãe/gestante, para que, eventualmente, pudesse ter aplicação o Regime Jurídico do Processo de adoção, uma vez que é possível a adoção do filho do cônjuge ou unido de facto.

⁴⁸ É de evidenciar que não estamos perante uma situação admitida na lei portuguesa. Apesar de não existir uma proibição concreta para esta possibilidade, seria sempre de aplicar o regime geral de controlo de negócios jurídicos conformes com a ordem jurídica, consagrado no art. 280º do CC.

CAPÍTULO II – GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DE ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS: PROIBIÇÃO *VERSUS* ADMISSIBILIDADE

1. Nota introdutória

A gestação de substituição é um assunto abordado na generalidade dos ordenamentos, consubstanciando ora um tema (relativamente) pacífico e regulado ora um tema inquietante e mesmo proibido, motivando múltiplos e acesos debates.

Podemos, assim, distinguir três géneros de ordenamentos: aqueles onde existe um regime legal expresso que permite e regula o acesso à gestação de substituição⁴⁹; aqueles, no pólo oposto, onde a prática é determinadamente proibida e punida⁵⁰ e, posicionados algures no médio do espetro, os ordenamentos jurídicos em que esta temática não foi ainda tratada, existindo um vazio regulamentar: não há uma proibição expressa, mas, ao mesmo tempo, não se encontra legalmente consagrada a possibilidade de recurso a esta forma de procriação⁵¹.

Como é referido no Ac. do TC n.º 225/2018, “a proibição é a solução típica dos ordenamentos jurídicos romano-germânicos”. De facto, como se retira do texto do acórdão, a proibição é a regra nas ordens jurídicas da Alemanha⁵², da Áustria, da Espanha, da França, da Itália, da Suíça, da Bulgária, de Malta, da Suécia, da Dinamarca, da Noruega⁵³ e da Finlândia.

Apesar da aparência resolutiva da legislação, importa evidenciar que a jurisprudência ganha voz e revelo na temática em causa. Significa isto que, mesmo em ordenamentos

⁴⁹ Sendo que, dentro destes, opera uma subdistinção, entre os que permitem a gestação de substituição de forma altruísta e apenas mediante certos requisitos – como sendo Israel, Grécia, Reino Unido, Brasil, Austrália, Canadá, Vietnam, Chipre, *etc.* – e os que permitem a gestação de substituição de forma ampla e com carácter comercial – como é o caso da Índia, Rússia, Ucrânia, *etc.* Sobre este assunto, LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 149 e ss.

⁵⁰ Como é o caso da Alemanha, Itália, Áustria, Suíça, França, Portugal, *etc.* Sobre este assunto, LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 131 e ss.

⁵¹ Como, a título de exemplo, a Tailândia, a Argentina e o Perú. Sobre este assunto, LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 202 e ss.

⁵² Apesar de não ser uma prática diretamente proibida ou punida, dispõe o Ac. do TC n.º 225/2018 que “a censura jurídica em relação a estes contratos resulta inequivocamente de várias disposições previstas no ordenamento jurídico alemão, designadamente a Lei da Proteção de Embriões, [...] do código civil [...] e da lei da adoção”.

⁵³ No que diz respeito à Noruega, destacou o acórdão citado que, mesmo não sendo uma prática permitida no país, a Noruega clarificou “as regras de reconhecimento da paternidade das crianças nascidas através de gestação de substituição no estrangeiro”.

em que vigora a proibição da gestação de substituição, tal não significa que a gestação de substituição não seja uma prática real e efetiva, o que, conseqüentemente, se traduz na exploração jurisprudencial deste tema e das suas conseqüências e repercussões, mesmo em ordenamentos que não aceitam a prática. Nas palavras de CAMILO VILLAJOS DE SILVA, é o “âmbito jurisprudencial que, dado o vazio normativo existente, se tem encarregue de o colmar nos casos concretos que surgem em que há necessidade de proteger um casal que tenha tido um filho através de uma gestação de substituição”⁵⁴. Este Autor enfatiza ainda mais esta ideia, declarando que a ausência de normas em Espanha, que classifiquem a gestação de substituição como uma situação a proteger, não tem obstado a que, em sede judicial, se tenha reconhecido aquela realidade⁵⁵.

Vejamos, de forma breve, o caso da Alemanha, no qual, apesar da proibição desta prática, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*)⁵⁶ considerou “não existirem impedimentos ao reconhecimento efetuado por um tribunal estrangeiro da paternidade jurídica dos beneficiários relativamente a uma criança nascida na sequência do recurso a gestação de substituição”⁵⁷, decisão esta que tornou possível o reconhecimento da relação de parentalidade jurídica estabelecida no estrangeiro sem recurso ao procedimento de adoção, não obstante a inadmissibilidade dos contratos de gestação de substituição nesse ordenamento.

No mesmo sentido andou e decidiu a jurisprudência⁵⁸ austríaca – apesar de ser um ordenamento onde não é admissível a gestação de substituição⁵⁹ – ao permitir que crianças nascidas no estrangeiro através de gestação de substituição pudessem beneficiar da nacionalidade austríaca em situações em que, pelo menos, um dos elementos do casal beneficiário é geneticamente relacionado com a criança.

⁵⁴ «Gestión por sustitución y derechos sociales: La prestación por maternidad», in *Mujer sujeto ...*, cit., pág. 395. Na versão original pode ler-se: “pasemos al ámbito jurisprudencial que, dado el vacío normativo existente, es quien se ha encargado de colmarlo para los casos concretos en los que ha surgido la necesidad de proteger a una pareja que ha tenido un hijo por maternidad sub-rogada”.

⁵⁵ *Últ. ob. cit.*, pág. 396.

⁵⁶ No processo XII ZB 463/13, de 10 de dezembro de 2014.

⁵⁷ Cfr. Ac. do TC n.º 225/2018.

⁵⁸ Decisões proferidas pelo *Verfassungsgerichtshof* nos processos B 13/11-10, de 14 de dezembro de 2011 e B 99/12 ua, de 11 de outubro de 2012.

⁵⁹ Por falta de uma norma explícita que consagre essa possibilidade.

Já no caso de Espanha, “vigora uma proibição legal absoluta de recurso à gestação de substituição” (*Ley 14/2006, de 26 de mayo*, artigo 10^o)⁶⁰, sendo a celebração destes contratos, criminalmente punida⁶¹. Não obstante, também neste ordenamento, o *Tribunal Supremo* se viu forçado a abordar a temática e as consequências da gestação de substituição no território espanhol. Na *Sentencia 835/2013* de 6 de fevereiro de 2014, confirmou as decisões das instâncias que “havia recusado o reconhecimento da filiação feito pelas autoridades americanas, relativamente a uma criança nascida nos Estados Unidos através do recurso à gestação de substituição com material genético de um cidadão espanhol casado com pessoa do mesmo sexo e de uma terceira dadora [...] tal recusa [baseou-se] apenas no tipo de procedimento utilizado (gestação de substituição), sustentando que o reconhecimento da parentalidade em violação dos critérios estabelecidos na lei espanhola atentaria contra a dignidade da gestante e do menor”⁶². Acontece que decisões neste sentido são cada vez mais raras em Espanha⁶³. Na verdade, a jurisprudência espanhola tem-se pronunciado maioritariamente no sentido do reconhecimento da parentalidade dos beneficiários de uma criança nascida no estrangeiro através de gestação de substituição⁶⁴, baseando-se, essencialmente, em quatro tipos de argumentos: em primeiro lugar, desconsideram a nulidade subjacente ao contrato de gestação de substituição por entenderem que reveste uma incidência nula no que diz respeito ao estabelecimento da parentalidade⁶⁵. Um segundo argumento relaciona-se com o facto

⁶⁰ Cfr. Ac. do TC n.º 225/2018.

⁶¹ Sobre este assunto ver CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág. 391 e ss.

⁶² Cfr. Ac. do TC n.º 225/2018.

⁶³ Sobre decisões que recusam o reconhecimento da parentalidade ver CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág. 403

⁶⁴ Sobre este assunto ver CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág. 396 e ss. Na obra citada por ler-se: “recurriendo a la vía judicial, la mayoría de las resoluciones tienden a que se les otorgue la concesión a los padres subrogantes, y ello con independencia de que se trate de familia monoparental, parejas homosexuales o heterosexuales”.

⁶⁵ Neste sentido CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág. 397. Aqui pode ler-se que: “encontramos que numerosas resoluciones determinan que la nulidad de origen del contrato de maternidad subrogada en virtud del cual se concibió al nacido en país extranjero no supone incidencia alguna a la hora de abordar el asunto de fondo que nos ocupa, cual es que se haya de reconocer o no la prestación por maternidad a los padres subrogantes. Ello se complementa, para favorecer la concesión de la prestación, en la filiación tuvo pleno acceso al Registro Civil, permitiéndose el tribunal declararlo como hecho probado y entrar a analizar si ha de devengarse o no la prestación por maternidad”.

de, uma vez conseguida a determinação da filiação, dever proceder-se a uma equiparação de situações. Isto garante que o casal beneficiário (que solicita a prestação), ao constar da certidão de nascimento como pais, encontra-se na mesma situação que os restantes sujeitos ditos “comuns”⁶⁶. O superior interesse da criança⁶⁷, como não poderia deixar de ser, integra um dos argumentos utilizados pela jurisprudência maioritária, sendo que o último argumento largamente utilizado implica a aplicação de um critério analógico quanto à proteção prevista para o regime da adoção, da maternidade biológica e do acolhimento familiar, perante a lacuna legal existente⁶⁸.

Nos termos do *supra* citado, adotamos as palavras de CAMILO VILLAJOS DE SILVA na medida em que refere o autor que «”somos confrontados com dois casos de facto nos quais o nascido é incorporado na unidade família: maternidade com ou sem parto [...] a diferença no ponto de origem de uma situação de maternidade, não impediu que a jurisprudência observasse que também existem beneficiárias de contratos de gestação de substituição”⁶⁹.

⁶⁶ Neste sentido CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág. 398. Aqui pode ler-se que “em segundo lugar, se percebe en algunas resoluciones jurisprudenciales, como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de octubre de 2012, que una vez conseguida la determinación de filiación con base en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre del 2010 y a pesar de alegar el INSS en la contestación a la demanda la actuación en fraude de ley seguida por los progenitores, se procede a realizar una equiparación de situaciones por el tribunal. De esta manera, los padres subrogantes que solicitan la prestación, al constar como verdaderos progenitores en el Registro Civil a donde accedió la inscripción del nacido que realizaron, están en la misma situación que el resto de los sujetos que tienen la misma condición”.

⁶⁷ Neste sentido CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág. 398 e 399. Aqui pode ler-se que “en tercero lugar, observamos que el interés superior del menor ha jugado un papel importante para favorecer la concesión de la prestación a la madre subrogante [...] Las sentencias aluden para ello a la protección que otorga la Convención de los Derechos del Niño de Nueva York”.

⁶⁸ Neste sentido CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág.399. Aqui pode ler-se que “la jurisprudencia social se presta a utilizar el principio de analogía, dada a ausencia de disposición legal que regule expresamente si se debe proteger la contingencia de maternidad cuando ésta se ha llevado a cabo por vía de gestación por sustitución. Y ello porque solo aparecen recogidas en la normativa laboral y social la maternidad biológica, la adopción, el acogimiento familiar d más de un año de duración y la guarda con fines legales de adopción como expresamente tasadas. No obstante, sí que es posible acceder a la prestación por maternidad sin haber estado anteriormente embarazada – pues así es el caso, por definición, de algunos de los supuestos que acabamos de enunciar, como la guarda del menor o la adopción – salvándose de esta forma uno de los principales escollos para el reconocimiento del devengo de la prestación, cual era que la mujer subrogante no había estado previamente embarazada del nacido”.

⁶⁹ *Ob. cit.*, pág. 399 e 400. No texto original pode ler-se «Estamos pues ante dos supuestos de hecho en los que el nacido se incorpora a la unidad familiar: maternidad con o sin parto, siendo en este último caso inconcebible que se pueda llevar a cabo una acción protectora similar, ya que los progenitores de intención no están en la misma situación de hecho que la madre biológica, la cual ha gestado y dado a luz al hijo, con el desgates que ello conlleva para su salud. [...] Esta diferenciación en el punto de origen de la situación de maternidad no ha impedido que la jurisprudencia haya sido capaz de observar que también existen ya, en nuestra

2. O caso do Reino Unido

2.1. Da legalidade dos *Surrogacy Arrangements*

Não obstante estarmos no encaixe de um ordenamento jurídico marcadamente distinto do português, o sistema de *common law* não compreende apenas e só uma apreciação judicial baseada em decisões precedentes. Apesar de não tão abundantes como nos países romano-germânicos, também no sistema de *common law* existem leis e regulamentos que enformam a atuação jurisdicional. Neste aspeto, o documento *Building families through surrogacy: a new law*⁷⁰, documento de consulta conjunta da *Law Commission (consultation paper n.º244)* e da *Scottish Law Commission (discussion paper n.º167)*, explica que “a atual lei relativa à gestação de substituição é a combinação de legislação primária (atos do Parlamento), legislação secundária (regulamentos aprovados pelo Parlamento) e jurisprudência”^{71 72}.

O *Surrogacy Arrangements Act*⁷³, datado originalmente de 1985, regula a matéria da gestação de substituição, vigorando com a redação atual em Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte⁷⁴. Previamente a uma análise mais detalhada, destaca-se a particularidade presente na Secção 1, subsecção 9A, que determina que este ato

normativa laboral y social, beneficiarias de la prestación por maternidad en los casos en los que se es madre teniendo como base una adopción o la guarda del hijo, siendo ya aquí distinta la finalidad de la adopción protectora de la Seguridad Social: no tanto el desgaste para la salud de la madre que conlleva la gestación y el dar a luz, sino la protección del hijo».

⁷⁰ Disponível em <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7g/uploads/2019/06/Surrogacy-consultation-paper.pdf>

⁷¹ A redação original dispõe que: “*The current law on surrogacy is a combination of primary legislation (Acts of Parliament), secondary legislation (regulations passed by Parliament) and case law*”, pág. 66.

⁷² Sobre a evolução da surrogacy no Reino Unido: KIRSTY HORSEY e KATIA NEIFYTOU, *The fertility treatment time forgot: What should be done about surrogacy in the UK?* Disponível em <https://kar.kent.ac.uk/45752/1/Pages%20from%20HORSEY%20Proof%201.pdf>

e KIRSTY HORSEY «The History and Potential Future of UK Surrogacy Laws», in *Colóquio Internacional: Que futuro para a gestação...*, cit.

⁷³ Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>.

⁷⁴ Exclui do âmbito territorial de aplicação a Escócia.

legislativo se aplica a todos os contratos de gestação de substituição, sejam eles conformes ou não à lei.

Na ordem jurídica britânica, sob as condições determinadas na secção 2 do *Surrogacy Arrangements Act*⁷⁵, é legal o recurso a contratos de gestação de substituição, *surrogacy arrangements* que se estabelecem entre a gestante e o(s) beneficiário(s)⁷⁶. Importa salientar que, não obstante ser um contrato permitido e regulado por lei, e que decorre de uma livre vontade contratual das partes, no caso de um qualquer incumprimento contratual, o mesmo não será judicialmente sindicável, isto é, as partes não se podem socorrer de qualquer meio legal para executar o contrato de gestação de substituição⁷⁷.

Neste ordenamento, e à semelhança do português, também o fator decisivo para o estabelecimento da maternidade é o nascimento⁷⁸. Por conseguinte, quando nasce uma criança fruto de um contrato de gestação de substituição, o ordenamento britânico considera a gestante como a mãe da criança, para todo e qualquer efeito legal. Caso a gestante seja casada ou se encontre unida de facto, será o/a seu/a companheiro/a a ser

⁷⁵ Desde logo, e à semelhança do que foi instituído em Portugal com a Lei n.º 25/2016, de 22/08, impondo a obrigatoriedade da natureza gratuita dos contratos de gestação de substituição. A Secção 2 da referida legislação dispõe da seguinte forma: “*No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is: a) initiate ... any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement, [take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,] b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements*”.

⁷⁶ *Surrogacy arrangement* consiste num contrato feito entre as próprias partes, onde são acordados os termos específicos em que se deve realizar e a que deve obedecer a gestação de substituição. É uma forma clara de manifestação do princípio da liberdade contratual, em que as partes podem optar por não seguir os termos subsidiariamente previstos na legislação, sem prejuízo das normas imperativas que não podem ser derogadas contratualmente. Segundo o UK’s Department of Health and Care in *The Surrogacy Pathway: Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, (Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/684275/surrogacy-guidance-for-intended-parents-and-surrogates.pdf, pág. 9), “*Surrogacy arrangement is an agreement between IPs and a surrogate (and her spouse or partner if she has one) is not a legally binding document but rather a statement of intention about how the arrangement will work and the commitment that each party is making to the other in advance of the surrogacy commencing. The main surrogacy organizations agree that it is fundamentally important to have a written agreement in order to ensure there is effective communication and mutual understanding between the IPs and surrogate*”.

⁷⁷ Neste sentido, *Surrogacy Arrangements Act*: “*1A- Surrogacy arrangements unenforceable: No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it*”.

⁷⁸ Neste sentido, *Human Fertilisation and Embryology Act*: “*33 - Meaning of «mother»: (1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child*”.

considerado/a como o outro progenitor. Nas situações em que a gestante não é casada ou unida de facto, poderá ser o pai-beneficiário o titular da paternidade, caso tenha contribuído com o seu material genético para a gravidez. Não obstante, e apesar de constar como pai na certidão de nascimento, não é certo que lhes sejam atribuídas responsabilidades parentais⁷⁹. Para que os beneficiários do contrato de gestação de substituição possam ser, à luz do ordenamento jurídico, considerados os pais da criança que nascer, são obrigados a recorrer a mecanismos que lhes reconheça a *legal parenthood*, isto é, terá de ocorrer uma *transferência da parentalidade*⁸⁰.

Acontece que a *legal parenthood* apenas pode ser transferida para os beneficiários após o nascimento da criança, exclusivamente através de uma de duas formas legais, que funcionam como mecanismos judiciais que visam transferir a parentalidade legal e as responsabilidades parentais da mulher que deu à luz a criança – *surrogate mother* – para os beneficiários – *intended parents* : *adoption* ou *parental order*⁸¹.

Um dos grandes responsáveis pelas alterações que o *Surrogacy Arrangements Act* sofreu ao longo do tempo terá sido o *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, com

⁷⁹ Neste sentido, Part II, section 35 a 41 do *Human Fertilisation and Embryology Act*. Nas palavras de AMEL ALGHRANI e DANIELLE GRIFFITHS, *The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform*, Child and Family Law Quarterly, Vol 29, No 2, 2017, pág. 172: “the legal position is clear. Unless a parental order is made, the legal mother of any child born following a surrogacy arrangement entered into here or abroad is the surrogate mother who gives birth to the child; she will also have parental responsibility. If the surrogate mother is married, her husband is the legal father of the child, even though he may have no biological relationship with the child. If the surrogate mother has a civil partner, that partner will be the child’s legal parent. If the surrogate mother is unmarried, does not have a civil partner, and the commissioning father has a biological connection with the child, he is the legal father, but he may not have parental responsibility. That usually depends on whether his name is on the birth certificate or he and the child’s mother have made an agreement for him to have parental responsibility for the child. If the commissioning father’s sperm is used he will automatically be the legal parent if no one else has been nominated as a legal parent and will acquire parental responsibility when registered on the birth certificate”.

⁸⁰ Expressão utilizada por EDUARDO FIGUEIREDO e KAROLINE TAVARES VITALI, in *Colóquio Internacional: Que futuro para a gestação...*, cit., pág. 128 e já anteriormente utilizada por outros autores como KIRSTY HORSEY e SALLY SHELDON, *Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy*, Medical Law Review, Vol. 20, Issue 1, Winter 2012 [Em linha], pág. 81.

Os autores portugueses citados afirmam, no texto referenciado, que “a legislação britânica acaba por tratar a gestação de substituição como uma espécie de adoção e não como a forma de reprodução medicamente assistida que, na verdade, é”.

⁸¹ Neste sentido, AMEL ALGHRANI e DANIELLE GRIFFITHS, *The regulation...*, cit., pág.172: “A parental order, if made, results in the commissioning parents becoming the child’s legal parents and extinguishes the surrogate mother’s status as the child’s legal mother, together with that of her husband or any other legal parent. Importantly, such an order gives the commissioning parents parental responsibility. A parental order has, to adopt Theis J’s powerful expression, ‘a transformative effect’, not just in its effect on the child’s legal relationships with the surrogate and commissioning parents, but also in relation to the practical and psychological realities of the child’s identity”.

especial relevância a sua Part II – *Parenthood in cases involving assisted reproduction*, onde foi consagrado o regime legal relativo às *parental orders*⁸².

O paradigma atual no âmbito das *parental orders* dispõe que estas podem ser requeridas por um casal ou por uma pessoa individualmente⁸³ – *the applicant(s)*. Para que o Tribunal decrete uma *parental order*, é necessário que o(s) *applicant(s)* seja(m) geneticamente relacionado com a criança, isto é, terá de ser dador do material genético da criança⁸⁴. Como requisitos cumulativos, destacam-se, ainda, a necessidade de a criança se encontrar a residir com os beneficiários, de forma permanente, no Reino Unido, *Channel Islands* ou *Isle of Man* e de o pedido ter de ser apresentado num período máximo de 6 meses após o nascimento da criança. A estes critérios acresce a necessidade de a identidade da gestante de substituição ser comunicada ao Tribunal e a obrigatoriedade de a gestante e companheiro/a, originalmente considerados pais da criança, aceitarem, de forma consentida e informada, a *parental order*.

Nas situações em que não existe qualquer tipo de relação genética entre a criança e o(s) beneficiário(s), o único meio legal ao alcance do(s) beneficiário(s) para serem declarados pais e titulares das responsabilidades parentais da criança que vier a nascer, será um processo de adoção.

2.2. Dos direitos laborais da *Surrogate Mother*

⁸² Regulamentada nas Secções 54 e 55 do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. A relevância deste ato legislativo reflete-se, ainda, na sua Parte III, secção 59. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

Ainda sobre *Parental Ordes*, ver KIRSTY HORSEY, « The History ... » cit., pág. 12 e ss.

⁸² Sendo que por casal se entende casais heterossexuais e homossexuais, independentemente de se encontrarem casados ou em união de facto. Neste sentido ver KIRSTY HORSEY in e SALLY SHELDON, *Still Hazy ... ob. Cit*, pág. 83, nota 103.

⁸³ Apenas desde o início de 2019 é possível que o requerente seja uma pessoa isolada e não necessariamente um casal. As condições de acesso em caso de apenas um *applicant* encontram-se reguladas na secção 54A do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

⁸⁴ No caso de ser requerido por um casal, apenas um dos elementos tem de ser geneticamente relacionado com a criança, isto é, basta que um dos elementos tenha sido dador de material genético. O casal *applicant* tem, necessariamente, de se materializar numa das três realidades: (a) *husband and wife*; (b) *civil partners of each other* or (c) *two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other*. Cfr secção 54 (2) do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

Para que possamos decifrar quais os direitos laborais que assistem à gestante, afigura-se pertinente uma análise global do regime de licenças de maternidade no Reino Unido.

Versa sobre este assunto *The Maternity and Parental Leave etc. Regulations 1999*⁸⁵, diploma que impõe, no ordenamento britânico, uma *Statutory Maternity Leave*, com uma duração total de 52 semanas. Acontece que a *Statutory Maternity Leave* não é de composição indivisa e unitária, sendo, na verdade, constituída e/ou dividida em duas fases: a *ordinary maternity leave*, com uma duração de 26 semanas após o nascimento; e uma *additional maternity leave*, que pode acrescer à primeira, nas 26 semanas posteriores⁸⁶. Por força da Diretiva 92/85/CEE⁸⁷, e atualmente transposto no *Employment Rights Act 1996*⁸⁸, o gozo, imediatamente após o parto, das primeiras duas semanas de *ordinary maternity leave* é obrigatório.

Dispõe a lei britânica - *The Maternity and Parental Leave etc. Regulations 1999*⁸⁹, *Part II, sec. 4*, que “tem direito a uma *ordinary maternity leave* a trabalhadora que reúna as seguintes condições: (a) no mínimo com 21 dias de antecedência em relação à data a partir da qual pretenda iniciar o gozo da licença ou, se tal não for razoável, o mais cedo possível, comunique ao seu empregador: (i) a gravidez; (ii) a data provável do parto; (iii) a data em que pretende iniciar o gozo da licença de maternidade ordinária”⁹⁰.

Decorre do exposto que, encontrando-se na situação descrita – gravidez – e cumprido o ónus de informação para com o empregador, toda e qualquer trabalhadora

⁸⁵ Disponível em http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/3312/pdfs/ukxi_19993312_en.pdf e atualizado pelo *The Maternity and Parental Leave etc. (Amendment) Regulations 2014*, disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2014/9780111121559/contents>

⁸⁶ *Statutory Maternity Pay is paid for up to 39 weeks: 90% of your average weekly earnings (before tax) for the first 6 weeks; £148.68 or 90% of your average weekly earnings (whichever is lower) for the next 33 weeks.* [cfr.]

⁸⁷ DIRECTIVA 92/85/CEE DO CONSELHO, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, publicada no JOCE n.º L 348/1, de 28/11/92 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31992L0085&from=PT>

⁸⁸ Part VIII, Chapter I, Sec. 72. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/72>

⁸⁹ Na versão atualmente em vigor, atualizada pelo *The Maternity and Parental Leave etc. (Amendment) Regulations*.

⁹⁰ Na redação originária pode ler-se: “*an employee is entitled to ordinary maternity leave provided that she satisfies the following conditions: (a) at least 21 days before the date on which she intends her ordinary maternity leave period to start, or, if that is not reasonable practicable, as soon as is reasonably practicable, she notifies her employer of – (i) her pregnancy; (ii) the expected week of childbirth, and (iii) the date on which she intends her ordinary maternity leave period to start*”.

tem direito a usufruir de uma licença de maternidade ordinária⁹¹. Para que possa gozar de uma *additional maternity leave* impõe-se que, cumulativamente à verificação dos requisitos necessários para a *ordinary maternity leave*, a trabalhadora, ao início da décima primeira semana anterior à data esperada do parto, tenha completado um período mínimo de um ano de trabalho na entidade patronal em que se encontra⁹².

Do exposto, denota-se a ligação umbilical e indissociável que une o direito a uma licença de maternidade a uma gravidez e ao ato físico do parto, o qual ocorre, não na pessoa da mãe-beneficiária, mas na *surrogate mother*. Por conseguinte, e atento os parâmetros biológicos legalmente fixados para acesso a uma licença de maternidade, a posição da *surrogate mother* não parece levantar tantas questões como a determinação dos direitos laborais a atribuir aos *intended parents*.

Não obstante, foi trazido à colação a finalidade subjacente à concessão de uma licença de maternidade. Neste âmbito relevam duas situações distintas: por um lado, a necessidade de assegurar a proteção e recuperação da condição biológica da gestante, enquanto mulher que acaba de dar à luz; por outro lado, a proteção das relações especiais entre a mulher e o filho durante o período subsequente à gravidez, relação essa que, numa fase primitiva, não se coaduna com a acumulação de encargos resultantes do exercício de uma atividade profissional. Estas duas vertentes, tradicionalmente cumuladas nas necessidades de só pessoa, vieram agora, com a legitimação dos contratos de gestação, a ter de ser consideradas separadamente.

Apesar do exposto, a proteção da recuperação necessária inerente a uma situação pós-parto sempre foi considerada prioritária e, conseqüentemente, a atribuição de uma *ordinary maternity leave* à gestante de substituição nunca foi colocada em causa. Nestes termos, independentemente de a *surrogate mother* abdicar ou não dos *parental rights* após o nascimento da criança, os seus direitos inerentes à qualidade de mulher grávida e puérpera nunca poderão ser prejudicados.

⁹¹ Relativamente ao início de gozo da licença: *seccion 6(1)(b) of The Maternity and Parental Leave etc. Regulations*:

“Subject to paragraph (2), an employee’s ordinary maternity leave period commences with the earlier of : (a)the date which, in accordance with regulation 4(1)(a)(iii), she notifies to her employer as the date on which she intends her ordinary maternity leave period to start, and (b) the first day after the beginning of the sixth week before the expected week of childbirth on which she is absent from work wholly or partly because of pregnancy”.

⁹² Part. II, *seccion 5 of The Maternity and Parental Leave etc. Regulations*.

2.3. Dos direitos laborais do(s) *Intended Parent(s)*

A terceira questão a analisar e a que mais celeuma gerou, passa pela determinação do regime aplicável ao(s) pai(s) beneficiário(s), isto é, aos requerentes da *parental order*.

Apesar de ser possível o recurso à gestação de substituição no Reino Unido, a regulamentação dos direitos laborais de quem a ela recorrer não ocorreu no tempo que seria desejável e expetável. A existência de um vazio legal não impediu, todavia, o aparecimento de situações reais que, não encontrando resposta expressa, acabaram por originar litígios judiciais e pronúncias do TJUE desencadeadas por pedidos de decisão prejudicial⁹³.

i. Da pronúncia do Tribunal de Justiça da União Europeia

Esta matéria foi alvo de pronúncia pelo TJUE, no Processo C-167/12, resultado de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Employment Tribunal* de Newcastle. O litígio em causa opunha uma trabalhadora que recorreu a um contrato de maternidade de substituição para ser mãe⁹⁴, a S.T., seu empregador, na senda de uma recusa de concessão de uma licença remunerada à trabalhadora na sequência do nascimento desse filho.

⁹³ Sobre este tipo de pedidos prejudiciais, ver, por exemplo, TERESA COELHO MOREIRA, *Igualdade e Não Discriminação*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 228 e ss. Nas palavras da Autora, “o mecanismo do reenvio prejudicial previsto no art. 267º do TFUE constitui o instituto jurídico de maior notoriedade e, devido à sua ampla difusão, originou que o TJUE tenha podido e continue a poder contribuir de forma decisiva para a construção de uma verdadeira União Europeia, revelando para este trabalho, sobretudo, o aspeto social (...) Os tribunais nacionais de cada Estado membro funcionam como tribunais comuns da ordem jurídica da União Europeia competindo-lhes aplicar o Direito da União nos casos que tenham de julgar e em que esse direito, atendendo à matéria em causa, se imponha. Esta imposição feita aos tribunais nacionais decorre, em primeiro lugar, do princípio do primado do Direito da União Europeia e significa que é eficaz relativamente a todas as normas nacionais, quaisquer que elas sejam, anteriores ou posteriores, tornando inaplicáveis de pleno direito todas as disposições da legislação nacionais contrárias ao Direito da União como o Tribunal de Justiça já decidiu em inúmeros processos. Há que ter em atenção, ainda, que os Tribunais nacionais não são obrigados a formular um pedido de reenvio prejudicial antes de poder afastar uma norma de Direito nacional contrária ao Direito da União Europeia, tal como o TJUE já afirmou em várias decisões”.

⁹⁴ A trabalhadora e o seu companheiro tinham recorrido à gestação de substituição e requerido uma *Parental Order*, que foi concedida, sendo estes considerados, para todos os efeitos legais, pais da criança nascida através da gestação de substituição.

A entidade empregadora havia estabelecido regimes aplicáveis às licenças e às prestações remuneratórias de maternidade e adoção, equivalentes às licenças remuneradas previstas na lei britânica. Tais regimes, à semelhança da legislação, não previam o direito a licença nem a remuneração para a mãe intencional⁹⁵ em caso de gestação de substituição. Não obstante, a trabalhadora apresentou um pedido formal para gozar de uma licença de maternidade de substituição, que comparou e fez equivaler à licença de adoção. Esse seu pedido foi indeferido pelo empregador com base, precisamente, na inexistência legal do direito a uma licença de maternidade remunerada em caso de maternidade de substituição.

Desencadeados os meios legais, o *Employment Tribunal*, Newcastle upon Tyne, suspendeu a instância, tendo o processo sido remetido para apreciação ao TJUE com o fim de esclarecer a conformidade da decisão do empregador com a Diretiva 92/85/CEE⁹⁶.

Da análise levada a cabo no âmbito do Ac. C-167/12, destacamos as seguintes questões⁹⁷ levantadas: se os arts. 1º, n.º1, e/ou o art. 2º, al. c), e /ou o art. 8º, n.º1, e/ou

⁹⁵ No presente ponto, as expressões utilizadas seguem as indicações do TJUE. Neste sentido, por «*mãe intencional que tem um filho através de um contrato de maternidade de substituição*» e/ou «*commissioning mother*» entende-se uma trabalhadora que não esteve, em momento algum, grávida nem deu à luz a criança. Por «*mãe de substituição*» entende-se a mulher que esteve grávida e que deu à luz uma criança por conta da mãe intencional.

⁹⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre a importância e conteúdo da Diretiva 92/85/CEE, ver MARIA AMPARO BALLESTRER PASTOR, «La Protección de la Maternidad», in AAVV, *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.ª ed. revisada y puesta al día, Ignacio García-Perrote Escartín, Adriano Gómez Garcá-Bernal e Antonio V.Sempere Navarro (coord.), Francis Lefebvre, Espanha, 2019, pág. 310 e ss.

⁹⁷ Foi ainda pedido ao TJUE para analisar se a recusa em conceder a licença de maternidade constituía uma discriminação em razão do sexo ou em razão de uma deficiência (sendo tais discriminações proibidas, respetivamente, pela Diretiva 2006/54/CE e pela Diretiva 2000/78/CE). Neste âmbito foi concluído pelo TJUE que, nesta situação, não existe qualquer discriminação em função do sexo. No texto original pode ler-se que “*article 14 of Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, read in conjunction with Article 2(1)(a) and (b) and (2)(c) of that directive, must be interpreted as meaning that an employer’s refusal to provide maternity leave to a commissioning mother who has had a baby through a surrogacy arrangement does not constitute discrimination on grounds of sex*”. Também no âmbito do processo C-363/12 do TJUE estas questões foram levantadas, designadamente se, tendo em conta os art. 3º do Tratado da UE, 8º e 157º do TFUE e/ou os art. 21º, 23º, 33º e 34º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE “*deve a Diretiva 2006/54/CE, e, em especial os seus artigos 4º e 14º, ser interpretada no sentido de que deve ser qualificada como discriminação em razão do sexo a situação em que a entidade empregadora indefere o pedido de licença remunerada equiparada à licença de maternidade e/ou à licença para adoção apresentado por uma mulher cuja filha biológica nasceu na sequência de um contrato de maternidade de substituição e que tem a*

o art. 11º, n.º 2, al. b) da Diretiva 92/85/CEE conferem o direito de a mãe intencional que tem um filho através de um contrato de maternidade de substituição beneficiar de uma licença de maternidade e, subsidiariamente, se essa mesma Diretiva confere a uma mãe intencional que tem um filho através de um contrato de maternidade de substituição o direito a beneficiar de uma licença de maternidade quando aquela possa ou efetivamente amamentar o seu filho após o parto.

No âmbito destas questões, o TJUE considerou que a recusa em atribuir uma licença a uma mãe intencional que tem um filho através de um contrato de maternidade de substituição não é uma atitude contrária à Diretiva 92/85. Esta decisão foi fundamentada no pressuposto de que a Diretiva em causa se aplica, exclusivamente, a quem se enquadre na situação prevista no seu art. 2º, isto é, à trabalhadora que tenha estado grávida e que tenha passado por um processo de parto. A decisão enuncia que, “no caso em apreço, resulta da decisão de reenvio que a Autora não esteve, ela própria, grávida em momento algum. Nestas condições, uma trabalhadora que, na sua qualidade de mãe intencional que teve um filho através de um contrato de gestação de substituição, não entra no âmbito de aplicação do art. 8º da Diretiva 92/85, mesmo quando pode amamentar essa criança após o parto ou quando a amamenta efetivamente. Consequentemente, os Estados Membros não se encontram obrigados a

bebé a seu cargo desde o nascimento? Se a resposta à primeira questão for negativa, a Diretiva 2006/54/CE é compatível com as disposições supramencionadas do direito primário da União Europeia?” (cfr. TERESA COELHO MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 197 e ss).

Neste sentido, DIANA COUTINHO em «As repercussões da gestação de substituição no direito do trabalho: um caso de discriminação?» in *UNIO/CONPEDI E-book 2017 Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas*, Alessandra Silveira, Sophie Perez Fernandes e Sérgio Maia Tavares Marques (coord.), vol.1, Centro de Estudos em Direito da União Europeia Escola de Direito da Universidade do Minho, Março de 2018, denota que “no que concerne ao alegado nos processos alvo de apreciação pelo TJUE discutiu-se a eventual discriminação devido a uma alegada deficiência, uma vez que o recurso à gestação de substituição ocorreu no caso de Z por não ter útero e consequentemente não pode engravidar (...) Será que podemos considerar que a não atribuição de uma licença remunerada se traduz numa discriminação em razão da deficiência? Será que esta “impossibilidade” de gerar um filho configura uma deficiência? O TJUE entendeu que não constitui qualquer deficiência porquanto “o conceito de ‘deficiência’ na aceção desta diretiva pressupõe que a limitação de que sofre a pessoa, em interação com diferentes barreiras, possa impedir a sua participação plena e efetiva na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores.”

Como artigo pertinente para este assunto veja-se TERESA COELHO MOREIRA, «O ónus da prova em casos de discriminação », *ob. cit.*, pág. 79 e ss.

conceder a essa trabalhadora o direito a uma licença de maternidade por força deste artigo”⁹⁸.

De uma forma inequívoca esclarece o TJUE que a Diretiva 92/85 deve ser interpretada no sentido de que os Estados-Membros não se encontram obrigados a conceder uma licença de maternidade a uma trabalhadora, na sua qualidade de mãe intencional que teve um filho através de um contrato de maternidade de substituição, mesmo quando esta pode amamentar essa criança após o parto ou quando a amamenta efetivamente. Fundamenta que objetivo da Diretiva é proteger a saúde da mãe especialmente vulnerável pela sua situação de gravidez e que, apesar de não se ignorar a necessidade de proteção da relação especial mãe-filho, a licença de maternidade visa a trabalhadora que tenha estado grávida e passado por um parto, independentemente de amamentar ou não a criança.

Não obstante tal decisão, no texto do Ac. C-167/12⁹⁹ consta um reparo de importância substancial. Os pontos 41 e seguintes do referido acórdão esclarecem que a Diretiva 92/85 estabelece apenas exigências mínimas em matéria de proteção das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes no trabalho. Consequentemente, a Diretiva não exclui minimamente a possibilidade de os Estados-Membros criarem disposições que instituem um regime mais favorável no que diz respeito à proteção da segurança e saúde das mães intencionais que têm um filho através de um contrato de maternidade de substituição, deixando em aberto a possibilidade de os Estados-Membros criarem uma licença de maternidade específica pelo nascimento de um filho nestas condições.

ii. A realidade atual do(s) *Intended Parent(s)*

No seguimento da pronúncia do TJUE no Ac. C-167/12, a regulamentação dos direitos laborais dos beneficiários de um *surrogacy arrangement* foi objeto de particular atenção. De um modo geral a posição do TJUE foi considerada “uma decisão

⁹⁸ Fonte: versão portuguesa do Ac. C-167/12, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149387&doclang=PT>

⁹⁹ E, posteriormente, no Comunicado de Imprensa n.º 36/12 do TJUE. Disponível em <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/cp140036pt.pdf>

surpreendente, uma vez que o TJUE apresenta um histórico no sentido de procurar aumentar a proteção dos pais. Parece injusto que uma mulher que se torne mãe através de um contrato de gestação de substituição, não deva ter a mesma oportunidade para criar ligações afetivas com o seu bebé do que uma adotante ou mãe biológica. O governo reconheceu esta problemática e pode estar a planear providenciar uma licença para os pais que, em Inglaterra e no País de Gales, se encontrem nesta situação”¹⁰⁰.

Neste seguimento, várias possibilidades foram equacionadas no que diz respeito a uma regulamentação interna desta matéria, desde logo, configurando-se uma possível equiparação ao regime da adoção.

O *Employment Rights Act 1996, Part VIII, Chapter 1A*, section 75A enuncia os pressupostos a preencher para a elegibilidade a uma *adoption leave* ¹⁰¹. Prescreve a subsecção 1 e 1(A) que “um empregado que satisfaça as condições descritas pode estar ausente do trabalho durante o tempo que dure o período de licença de adoção”¹⁰². Especifica que cumprem essas condições aqueles “a quem tenha sido atribuída uma criança para adoção; que tenham aceite que essa criança seja colocada com eles e que tenham acordado uma data para tal e que tenham validamente comunicado esta

¹⁰⁰ No texto original pode ler-se que “*a surprising decision as the ECJ has a bit of a track record of seeking to extend protection for parents. It does seem unfair that a mother who receives a baby under a surrogacy arrangement should not have the same opportunity to bond with her baby as an adoptive or birth parent. The Government has recognised that this is an issue and may be planning to provide leave to parents in England and Wales in such a situation*” (fonte: <https://www.doyleclayton.co.uk/resources/recent-cases/ecj-rules-on-surrogacy-and-entitlement-to-maternity-leave/>).

¹⁰¹ Quanto à elegibilidade para *statutory adoption pay*, as condições encontram-se previstas no *Employment Act 2002, section 4*, da seguinte forma: “*The conditions are— (a) that he is a person with whom a child is, or is expected to be, placed for adoption under the law of any part of the United Kingdom; (b) that he has been in employed earner’s employment with an employer for a continuous period of at least 26 weeks ending with the relevant week; (c) that he has ceased to work for the employer; (d) that his normal weekly earnings for the period of 8 weeks ending with the relevant week are not less than the lower earnings limit in force under section 5(1)(a) at the end of the relevant week; and (e) that he has elected to receive statutory adoption pay*”. Ainda sobre este tema, informação oficial retirada de <https://www.gov.uk/employers-adoption-pay-leave>, relata que “*Statutory Adoption Pay (SAP) for employees is: 90% of their gross average weekly earnings for the first 6 weeks; £148.68 a week or 90% of their gross average weekly earnings (whichever is lower) for the next 33 weeks*”.

¹⁰² No texto original pode ler-se: “*an employee who satisfies prescribed conditions may be absent from work at any time during an ordinary adoption leave period*”.

situação ao empregador (esta comunicação deve ser realizada no período de sete dias subsequentes à notificação ao adotante de que lhe foi atribuída uma criança)”¹⁰³.

Num primeiro momento estaríamos tentados a concluir que os casos de maternidade de substituição não se enquadram minimamente em qualquer uma das situações previstas. Não obstante, importa ressaltar o conteúdo encontrado na sec. 75D, subsec. 1(A) do *Employment Rights Act 1996*, onde pode ler-se que “quando a secção 75A ou 75B tenha efeito em relação a casos como os identificados na secção 75A(8) ou 75B(9), as normas ao abrigo da secção 75A ou 75B relativas a produção de prova pode exigir declarações no que diz respeito a – (a) elegibilidade para requerer uma *parental order*, nos termos da secção 54 ou 54A do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*; - (b) intenção de requerer essa *parental order*”¹⁰⁴. Nestes termos, é, agora, possível a concessão de uma licença de maternidade em caso de gestação de substituição, por aplicação das citadas normas. A solução encontrada, e atualmente em vigor, incorpora, então, não a título de equivalência ou analogia, mas a sim a título de aplicabilidade direta, o regime da adoção para os casos de *surrogacy arrangements*..

Esta alteração foi introduzida pelo *The Employment Rights Act 1996 (Application of Sections 75A, 75B, 75G, 75H, 80A and 80B to Parental Order Cases) Regulations 2014*¹⁰⁵ e reforçada no *The Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial Order 2018*¹⁰⁶. Por conseguinte, o vazio legal que acabou por dar origem à pronúncia do TJUE é, desde 2014, inexistente no ordenamento jurídico britânico. Esta matéria foi

¹⁰³ No texto original pode ler-se: “[have] been matched with a child for adoption; [have] notified the adoption agency that they agree that the child will be placed with them and have agreed a date for this placement; [have] given the correct notice to their employer (notice should normally be given within 7 days of the employee being notified of a match with a child); [have] complied with the evidence requirements, where they apply.” (Fonte: *Changes to adoption leave and pay from 5 april 2015: Technical Guidance for employers* – Department for Business Innovation & Skills. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/419080/bis-15-259-changes-to-adoption-leave-and-pay-from-5-april-2015-technical-guidance-for-employers.pdf)

¹⁰⁴ No texto original pode ler-se: “where section 75A or 75B has effect in relation to such cases as are described in section 75A(8) or 75B(9), regulations under section 75A or 75B about evidence to be produced may require statutory declarations as to— (a) eligibility to apply for a parental order under section 54 or 54A of the *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*; (b) intention to apply for such an order”.

¹⁰⁵ Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/3095/contents/made>

¹⁰⁶ Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/1413/contents/made>

ainda endereçada e consagrada no *Adoption and Children Act* e no *Children and Families Act 2014*¹⁰⁷.

Relativamente à sua constituição, à semelhança das *Statutory Maternity Leaves*, também as *Statutory Adoption Leaves* compreendem duas fases, aplicáveis igualmente aos casos de *parental orders*, por via das alterações legislativas já referidas. No que diz respeito à duração desta licença, dispõe o texto legal que “as trabalhadoras pode gozar até 52 semanas de *Statutory Adoption Leave*: as primeiras 26 semanas designadas por ‘*Ordinary Adoption Leave*’ e as últimas 26 semanas designadas por *Additional Adoption Leave*’¹⁰⁸, com um *Statutory Adoption Pay* em moldes idênticos aos identificados para a licença de maternidade¹⁰⁹.

Não obstante o exposto, a *Statutory Adoption Leave* aplica-se apenas a um dos elementos do casal¹¹⁰. Na realidade, quando um casal adota uma criança ou a recebe através de um *surrogacy arrangement*, apenas um dos seus membros poderá gozar da *adoption leave*, ficando ao alcance do outro membro apenas a possibilidade do gozo de uma *paternity leave*¹¹¹. Esta contempla um regime mais restrito, na medida em que consagra apenas dois períodos de uma semana ou um período de duas semanas consecutivas¹¹².

¹⁰⁷Disponíveis, respetivamente, em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents> e <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/contents/enacted>

¹⁰⁸ No texto original pode ler-se: “employees can take up to 52 weeks’ Statutory Adoption Leave: the first 26 weeks is known as ‘Ordinary Adoption Leave’, the last 26 weeks as ‘Additional Adoption Leave’”. (Fonte: *The Paternity and Adoption Leave 2002.*, sec. 18 e 20. Disponível em <https://www.gov.uk/employers-adoption-pay-leave>).

¹⁰⁹ “IPs who claim adoption leave or adoption pay are, like adoptive parents, able to reduce the amount of adoption leave and pay they take and share the untaken balance with the other ‘Parental Order parent’. To do this the parents will need to opt in to the shared parental leave and pay system. This means that both parents can stay at home together with their new baby from the birth for up to 6 months, or they can stagger their leave so that one of them is always at home with their child in the first year”. cfr. DEPARTMENT OF HEALTH AND CARE - *The Surrogacy Pathway: Surrogacy...*, cit., pág. 22.

¹¹⁰ Nas situações em que apenas existe um beneficiário esta questão não é relevante.

¹¹¹ Consagrada no *The Paternity and Adoption Leave 2002.*, Part II, sec. 8. Disponível em <https://www.gov.uk/employers-adoption-pay-leave>

Uma nota no sentido de evidenciar que os critérios de elegibilidade para *paternity leave* são distintos consoante a licença seja por nascimento de um filho (sec.4) ou por adoção (sec. 8).

¹¹² Idem, sec. 9.

Sem prejuízo do exposto, quando o casal não queira fazer operar uma distinção tão abruta, pode optar por uma licença conjunta – *Shared parental leave*, nos termos previstos na *Part 3, chapter 1 of The Shared Parental Leave Regulations 2014*¹¹³. Nestes casos, podem partilhar até 50 semanas de licença, desde que preencham os requisitos de elegibilidade e cumpram o ónus de informação para com a entidade empregadora.

Um dos beneficiários, ou o único beneficiário, do contrato de gestação de substituição pode ainda gozar de dispensa do trabalho para acompanhamento a duas consultas pré-natal, com um máximo de seis hora e meia cada uma¹¹⁴.

3. O caso do Chipre e o caso da Grécia

Os ordenamentos jurídicos cipriota e grego consubstanciam dos escassos exemplos, no contexto europeu, que admitem a gestação de substituição¹¹⁵.

3.1 Chipre

Legitimado na Lei da Reprodução Médica Assistida de 2015 (69 (I)/2015)¹¹⁶, e baseada em grande medida pela legislação grega¹¹⁷, a gestação de substituição é permitida no Chipre desde 2015. Não obstante, consagra o acesso a este modo de reprodução não apenas a casais mas também a pessoas solteiras, não distinguindo se deve ler-se homens ou mulheres¹¹⁸. A legalização destes contratos acontece apenas

¹¹³ Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2014/9780111118856/contents>

¹¹⁴ Tal como dispõe o mesmo diploma 57ZE (7)(e), com a devida remissão para o ponto 57ZE (10) - Children and Families Act 2014, Section 127

¹¹⁵ Importa salientar que, relativamente ao ordenamento jurídico cipriota, utilizamos como fonte os textos legais a que tivemos acesso em língua inglesa. No caso do ordenamento jurídico grego socorremo-nos maioritariamente das referências a este ordenamento feitas no âmbito do Ac. do TC n.º 225/2018, de 24/04.

¹¹⁶ Lei da Reprodução Médica Assistida de 2015 (69 (I)/2015 (Na versão original: Ο περί της Εφαρμογής της Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής Νόμος του 2015 (69(I)/2015). Disponível em http://www.cylaw.org/nomoi/enop/ind/2015_1_69/section-sc8630a12e-2e76-4a60-b806-6fec00db5b7b.html

¹¹⁷ Neste sentido ver LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 181.

¹¹⁸ Cfr. art. 4º da Lei da Reprodução Médica Assistida de 2015 (69 (I)/2015).

Perante a falta de especificação, entende-se que o recurso a contratos de gestação de substituição está ao alcance de ambos. Neste sentido, LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 181.

quando tenham caráter gratuito e altruísta, sendo criminalmente punida a celebração de contratos de gestação de substituição numa base comercial e onerosa¹¹⁹.

Este ordenamento sujeita a maternidade de substituição a uma ordem judicial a ser emitida *a priori* da implementação dos embriões no útero da gestante¹²⁰, assim como a uma aprovação prévia do Comité Nacional de Bioética. Posteriormente, deve ser formalizado o acordo de gestação de substituição, realizado entre os beneficiários e a gestante e, caso esta seja casada, o seu marido¹²¹, acordo esse que terá de cumprir os elementos especificados ao longo do art. 25º da Lei da Reprodução Médica Assistida.

Para todos os efeitos legais, a gestante de substituição não é, nos termos do art. 22 (2) (a) da Lei da Reprodução Médica Assistida de 2015, considerada como mãe da criança que vier a nascer. Pelo contrário, determina a secção (2)(b) do mesmo artigo, que são considerados pais da criança, o casal que recorreu à gestação de substituição, com todos os direitos e obrigações legais inerentes a esse estatuto. O [casal] beneficiário está obrigado a aceitar a criança e as responsabilidades parentais imediatamente a seguir ao parto e não pode, em caso algum, recusar-se a aceitar ou abandonar a criança, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal punível com pena de prisão até 5 anos¹²².

A legalização dos acordos de gestação de substituição implicou também uma reforma no que diz respeito à atribuição de licenças de maternidade. Esta é uma matéria que se encontra regulada na Lei de Proteção da Maternidade¹²³, originalmente redigida em 1997 (100(I)/1997) e alvo de várias alterações, sendo a mais recente e atualmente em vigor a 11(I)/2019¹²⁴. É o art. 3º da atual redação que consagra, de forma clara e indubitável, as licenças a atribuir à gestante de substituição e à mãe-beneficiária¹²⁵.

¹¹⁹ Cfr. art. 26º da Lei da Reprodução Médica Assistida de 2015 (69 (I)/2015).

¹²⁰ Cfr. art. 24º da Lei da Reprodução Médica Assistida de 2015 (69 (I)/2015..

¹²¹ Cfr. art. 22º (1) da Lei da Reprodução Médica Assistida de 2015 (69 (I)/2015).

¹²² Cfr. art. 22º (3) e (4) da Lei da Reprodução Médica Assistida de 2015 (69 (I)/2015

¹²³ Ato de Proteção da Maternidade (100(I)/1997). (Na versão original: Ο περί Προστασίας της Μητρότητας Νόμος του 1997 (100(I)/1997). Disponível em http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/1997_1_100/full.html

¹²⁴ Não obstante, as alterações relativas à matéria de gestação de substituição foram introduzidas pela modificação 116(I)/2017. Disponível em http://www.cylaw.org/nomoi/enop/ind/1997_1_100/section-scd069f89b-f57a-47bb-9a29-ec082dd47d07.html

¹²⁵ Os direitos consagrados na presente Lei estabelecem limites mínimos, podendo ser ultrapassados em função dos contratos de trabalho das trabalhadoras em questão.

Nos casos ditos comuns, em que a mãe-gestante e mãe-jurídica se personalizam na mesma mulher, prevê o nº2 do art.3º que a trabalhadora tem direito a uma licença de maternidade com a duração de 18 semanas consecutivas, sendo obrigatório o gozo de, no mínimo, duas semanas anteriormente à data esperada do nascimento e de oito semanas após o parto ¹²⁶.

Não obstante o regime geral, foi criado um regime específico para os casos de gestação de substituição. O regime aplicável à gestante de substituição encontra-se legislado entre o art. 3 e o art. 3B da lei em análise. No que concerne à sua duração, dispõe a secção 2(a) do art. 3º, que *a gestante de substituição tem direito a uma licença de maternidade com uma duração total de 14 semanas consecutivas, cujo início é obrigatório duas semanas antes da data expectável de parto* ¹²⁷.

Por outro lado, se atentarmos no art. 3º da referida legislação, aplicável à mãe-beneficiária, facilmente reparamos na remissão para o regime geral, nomeadamente para as subsecções 1, 2, 3A, 4, 5A e 6 do art. 3º. Neste sentido, a lei cipriota atribui à mãe intencional uma licença de maternidade com a duração de 18 semanas, com a especificidade de que o período de duas semanas precedentes ao parto – obrigatórias para as trabalhadoras grávidas – são, neste caso, opcionais.

Nas situações de nascimentos múltiplos no âmbito da mesma gestação de substituição, apenas a mãe-jurídica tem direito a acrescer quatro semanas por cada criança, além da primeira, à sua licença de maternidade, não sofrendo a licença da gestante qualquer modificação decorrente do número de crianças nascidas. O mesmo acontece nas situações em que a(s) criança(s) são internadas, imediatamente após o nascimento. Nestes casos, apenas a mãe jurídica tem direito a uma licença adicional de uma semana por cada 21 dias que a criança se encontre hospitalizada.

No que diz respeito à licença concedida para a amamentação e/ou cuidado aumentado da criança, dispõe o art. 5º da Lei da Proteção da Maternidade que *“entende-se que a gestante de substituição perde o direito depois de ter transferido [a maternidade] para a mãe jurídica”*. Tal direito pode revestir duas vertentes: um período

¹²⁶ Em caso do nascimento de mais do que uma criança, à licença de maternidade identificada acresce um período de quatro semanas por cada criança, nos termos da subsecção 3(A) do art. 3º.

¹²⁷ Traduzido de: http://www.cylaw.org/nomoi/enop/ind/1997_1_100/section-scd069f89b-f57a-47bb-9a29-ec082dd47d07.html

de nove meses a partir do parto ou uma interrupção no trabalho, para amamentação, durante o período de uma hora por dia, que pode ser gozada através do início tardio do trabalho ou da saída antecipada.

3.2 Grécia

Um dos poucos Estados-membros que também admite, de forma clara, os contratos de gestação de substituição é a Grécia.

No Código Civil Grego, sob a epigrafe do art. 1458^o¹²⁸, pode ler-se que “*a transferência de óvulos fertilizados do corpo de uma mulher para o corpo de outra mulher e a gestação por parte desta última é permitida mediante uma autorização especial requerida antes da transferência, desde que seja um acordo escrito e sem contrapartida monetária, entre as partes envolvidas, ou seja, as pessoas que desejam ter uma criança, a mãe de substituição e, no caso de esta ser casada, também o marido desta. A autorização do tribunal será dada no seguimento de um requerimento da mulher que deseja ter um filho, desde que sejam apresentadas provas, não apenas de que a mulher é biologicamente incapaz de conceber, mas também de que a mãe de substituição está em bom estado de saúde e capaz de conceber*”.

Estando a legalidade da gestação de substituição subjugada a uma autorização judicial prévia, “em caso de inexistência desta decisão judicial, o procedimento de gestação de substituição não produzirá os efeitos previstos na lei, sendo aplicável a regra geral prevista no Código Civil, nos termos do qual a maternidade é atribuída à mulher que dá à luz a criança”¹²⁹. No contexto grego admite-se, então, que a gestante de substituição “transfira” a qualidade legal de mãe para a mãe-beneficiária, isto é, “após o nascimento presume-se que a mãe é a mulher beneficiária que obteve autorização judicial para celebrar o contrato de gestação, constituindo esta presunção uma exceção à regra *mater sempre certa est*”^{130 131}.

¹²⁸ Tradução conforme VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 107.

¹²⁹ Cfr. Ac. do TC n.º 225/2018.

¹³⁰ Cfr. Ac. do TC n.º 225/2018.

¹³¹ Sobre este assunto: VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, pág. 105, e LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 152.

De notar que o acesso a este género de contratos encontra-se exclusivamente ao alcance de casais heterossexuais e a mulheres solteiras e apenas quando a beneficiária não consiga, por si, proceder à gestação ou realizar o parto. Concomitantemente, tanto os beneficiários como a gestante devem ser cidadãos gregos ou residentes na Grécia e é condição *sine qua non* que a criança seja concebida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos membros do casal, sendo expressamente proibida a substituição genética, isto é, a utilização de material genético da própria gestante de substituição¹³².

4. O caso [de alguns Estados] dos Estados Unidos da América

Apesar de constituir um único país, os EUA estão divididos em 50 Estados, que criam individual e autonomamente legislação própria. Neste sentido, enquanto uma prática pode ser legítima num Estado, num outro pode ser gravemente punida. É precisamente essa a realidade no que diz respeito à gestação de substituição. Por um lado,¹³³ existem Estados em que os *surrogacy arrangements* são legalmente aceites, como é o caso da Califórnia, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, New Hampshire e Washington D.C. Ainda permissivos à *Surrogacy*, mas com algumas limitações ao seu acesso, destacam-se Arkansas, Florida, Illinois, North Dakota, Texas, Utah, e West Virginia. Por outro lado, há Estados onde esta matéria não se encontra legislada e, como tal, ficam dependentes das decisões judiciais que vierem, casuisticamente, a ser decretadas. Em posição iminentemente contrastante, Estados como Michigan, New Jersey e New York são conhecidos como *not surrogacy friendly*¹³⁴.

Não obstante a possibilidade de se verificarem divergências tão evidentemente marcadas, foram feitos esforços no sentido de aproximar as legislações dos vários

¹³² Cfr. Ac. do TC n.º 225/2018.

Caso se venha a provar que a gestante de substituição contribuiu com o seu material genético para a fertilização, será esta reconhecida como mãe da criança nascida e tais efeitos serão reportados ao momento do nascimento. Neste sentido, LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 154.

¹³³ Fonte: <http://www.britishsurrogacycentre.com/surrogacy-laws/#1517935056035-b87e6520-9cb3>.

¹³⁴ Cfr resulta do Ac. do TC n.º 225/2018, no qual pode ler-se “uma proibição expressa vigora também em quatro Estados federados dos Estados Unidos da América: Indiana, Michigan, Nova Jérсия e Nova Iorque”.

Estados. Dessas tentativas emergiu o *Uniform Parentage Act*¹³⁵, originalmente promulgado em 1973 e, mais recentemente, atualizado em 2017, pela *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*, com vista à aproximação legislativa no que diz respeito ao estabelecimento da paternidade e maternidade. Neste ato legislativo ficaram estabelecidas algumas *guidelines*, de natureza imperativa, a verificar nos *surrogacy agreements*, independentemente do Estado em que sejam celebrados.

No que diz respeito à gestante de substituição¹³⁶, estabelece¹³⁷ que esta deve já ter atingido, pelo menos, os 21 anos de idade; já deve ter passado, pelo menos, por um parto; deve completar uma avaliação médica já relativamente ao contrato de gestação de substituição; deve completar uma avaliação psiquiátrica e deve encontrar-se representada por advogado.

É ainda de evidenciar o estipulado quanto ao procedimento a adotar para que a parentalidade seja legalmente definida. Neste âmbito, dispõe o *article 8, section 811* que, “salvo o previsto nas secções 809(c) ou 812, antes, no momento ou posteriormente ao nascimento da criança nascida através de um contrato de gestação de substituição, uma das partes do contrato deve começar o procedimento, no tribunal competente, com vista à ordem parental ou a julgamento: (1) declarando que cada um dos membros do casal-beneficiário é pai da criança e ordenando que as responsabilidades e os direitos de parentalidade sejam, à data do nascimento, imediatamente atribuídos de forma exclusiva àqueles; (2) declarando que a gestante de substituição e o seu cônjuge ou ex-cônjuge, caso o haja, não são os pais da criança; (3) designando o conteúdo da certidão de nascimento de acordo com a lei aplicável a cada estado, para além da presente e direcionado a agência que possui o registo, a designar cada *intended parent* como pai

135

Legislação

disponível

em

<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=ce291d6c-41bd-7205-eae9-66a77c8b60dc&forceDialog=0>

¹³⁶ A gestante de substituição pode assumir um de dois papéis: o de *traditional or genetic surrogate* – mulher que não é *intended parent* e que aceita ser gestante utilizando os seus próprios gâmetas – ou o de *gestational surrogate* - mulher que não é *intended parent* e que aceita ser gestante mas não cede os seus gâmetas para potenciar a gravidez. Nos casos de *genetic surrogacy*, devem ser preenchidos os pressupostos identificados no *article 8, part 3*. Nos casos de *gestational surrogacy*, devem ser preenchidos os pressupostos identificados no *article 8, section 809*.

¹³⁷ Sob a epígrafe do *article 8- Surrogacy Agreement, section 801 e ss*.

da criança; (4) para salvaguardar a privacidade da criança e das partes, declarando que os registos judiciais não se encontram disponíveis para consulta (salvo se autorizado nos termos da secção 806); (5) se necessário, que a criança seja entregue aos *intended parents*; e (6) qualquer outra medida que o tribunal entenda necessária e adequada”¹³⁸.

Nestes termos, será sempre necessário instaurar uma *pre* ou uma *post-birth order*, para que os *intended parents* sejam declarados, para todos os efeitos legais, como pais da criança que vier a nascer ou que haja já nascido.

Uma última nota no sentido de evidenciar que, ao contrário do que se verifica no Reino Unido, nos Estados Unidos da América, os *surrogacy agreements* são, regra geral, judicialmente sindicáveis, conforme resulta do disposto no *article 8, section 812 (a)* do diploma referido¹³⁹.

4.1 O caso específico do Estado da Califórnia

Atualmente considerado como o Estado mais *surrogacy-friendly*¹⁴⁰, na Califórnia, desde a reforma do *California Family Code de 2013*, levada a cabo por força da Assembly Bill No. 1217, chapter 466¹⁴¹, é expressamente consagrada a possibilidade de recurso à *surrogacy*. No caso específico da Califórnia, é estipulada a necessidade de uma *pre-birth order* para que seja destruída a presunção de maternidade da gestante de substituição

¹³⁸ Na redação original pode ler-se: “*Except as otherwise provided in Sections 809(c) or 812, before, on, or after the birth of a child conceived by assisted reproduction under a gestational surrogacy agreement, a party to the agreement may commence a proceeding in the [appropriate court] for an order or judgment: (1) declaring that each intended parent is a parent of the child and ordering that parental rights and duties vest immediately on the birth of the child exclusively in each intended parent; (2) declaring that the gestational surrogate and the surrogate’s spouse or former spouse, if any, are not the parents of the child; (3) designating the content of the birth record in accordance with [cite applicable law of this state other than this [act]] and directing the [state agency maintaining birth records] to designate each intended parent as a parent of the child; (4) to protect the privacy of the child and the parties, declaring that the court record is not open to inspection[except as authorized under Section 806]; (5) if necessary, that the child be surrendered to the intended parent or parents; and (6) for other relief the court determines necessary and proper.*”

¹³⁹ Neste sentido ver LUIS I. ARECHEDERRA ARANZADI, *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 177.

¹⁴⁰ Fonte: , MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 84.

¹⁴¹ Legislação disponível em http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217

e para que seja(m) o(s) *intended parent(s)* a constar na certidão de nascimento¹⁴². De evidenciar que, ao contrário dos casos analisados até ao momento, os *surrogacy arrangements* na Califórnia podem revestir natureza onerosa¹⁴³.

O ordenamento californiano faz operar uma distinção no que às licenças diz respeito, distinguindo a licença relativa à recuperação do ato físico do parto e as licenças relativas à criação de uma relação com o bebé, denominadas *baby bonding leaves*. Com a legitimação da gestação de substituição, a adaptação jurídica no que se relaciona com licenças de parentalidade surgiu de forma natural e sem alterações legislativas de maior, visto que a distinção que já se fazia operar facilmente ganhou aplicação direta nestes casos. Na verdade, nenhuma das licenças posteriormente analisadas são exclusivas ou taxativamente previstas para os casos de *surrogacy*, não deixando, no entanto, de poder ser aplicadas por se enquadrarem nos seus âmbitos. Vejamos:

Como em todos os restantes ordenamentos estudados, é reconhecido o direito a licença a toda e qualquer trabalhadora por conta de uma gravidez. A *Pregnancy Disability Leave*¹⁴⁴ aplica-se a todas as trabalhadoras grávidas, parturientes ou com qualquer outra condição médica relacionada com as anteriores¹⁴⁵ e materializa-se num período máximo de quatro meses, que pode ser gozado continua ou intermitentemente nos 12 meses seguintes ao parto¹⁴⁶. Desde já, realça-se que não existe qualquer hiato obrigatório de licença para a trabalhadora que passou por um parto, ficando o período de tempo de licença para recuperação de pós-parto dependente de opinião médica, na medida em

¹⁴² Neste sentido ver LUIS I. ARECHEDERRA ARANZADI, *ob. cit.*, pág. 177 e ss.

¹⁴³ E estão apenas ao alcance dos residentes. Para mais sobre este assunto: *Colóquio Internacional: Que futuro para a gestação ...*, cit., pág. 60.

¹⁴⁴ § 11035 do *California Code of Regulations*. Disponível em [https://govt.westlaw.com/calregs/Document/12B4E0BE485DF412CBA5E0710A10E66F0?viewType=FullText&originationContext=documenttoc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=\(sc.Default\)](https://govt.westlaw.com/calregs/Document/12B4E0BE485DF412CBA5E0710A10E66F0?viewType=FullText&originationContext=documenttoc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)). E art. 12945 do *Government Code*, Disponível em https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=GOV&division=3.&title=2.&part=2.8.&chapter=6.&article=1.

¹⁴⁵ Nos termos do § 11035 (u) do *California Code of Regulations*, « A “related medical condition” is any medically recognized physical or mental condition related to pregnancy, childbirth or recovery from pregnancy or childbirth. This term includes, but is not limited to, lactation-related medical conditions such as mastitis; gestational diabetes; pregnancy-induced hypertension; preeclampsia; postpartum depression; loss or end of pregnancy; or recovery from loss or end of pregnancy».

¹⁴⁶ Cfr § 11042 do *California Code of Regulations* e art. 12945 (2)(A) do *Government Code*.

que será o médico que acompanhou a gravidez a determinar quando a trabalhadora está apta para o regresso ao trabalho.

Não obstante a possibilidade de fruição desta licença, importa realçar que a *pregnancy disability leave* não será obrigatoriamente remunerada, visto que “o empregador não se encontra obrigado a pagar [o salário] ao trabalhador, no período de gozo da *pregnancy disability leave*, exceto se o empregador pagar [os salários] noutros casos de licença temporária por invalidez, isto é, a outros trabalhadores que se encontrem em situação semelhante. Uma trabalhadora pode ter direito a receber através do seguro estadual de invalidez, por um período de invalidez decorrente de uma gravidez”¹⁴⁷.

Nestes termos, segue-se o entendimento generalizado de que o gozo desta licença apenas pode ser atribuído à gestante de substituição, na medida em que a elegibilidade para a mesma depende apenas da condição de grávida, não sendo minimamente relevante o motivo da gravidez.

Acautelando outras vertentes que não a física, nomeadamente a proteção da vida pessoal e familiar, surgem as licenças ao abrigo da *California’s Family Rights Act*¹⁴⁸, denominada *family care and medical leave*¹⁴⁹, o gozo da licença concedida pela *CFRA* em nada depende do gozo da *PDL*, pelo que pode ser gozada após ou independentemente da fruição desta¹⁵⁰. Não obstante, o direito a esta licença encontra-se dependente da verificação de determinadas condições de elegibilidade. Segundo o §

¹⁴⁷ No redação original pode ler-se “employer is not required to pay an employee during pregnancy disability leave unless the employer pays for other temporary disability leaves for similarly situated employees. An employee may be entitled to receive state disability insurance for a period of disability because of pregnancy and may contact the California Employment Development Department for more information” (fonte: § 11044 (a) do *California Code of Regulations*)

¹⁴⁸ Arts. 12945.1 e 12945.2 do *Government Code*.

¹⁴⁹ Art. 12945.2, (3) do *Government Code*: “Family care and medical leave” means any of the following:

(A) Leave for reason of the birth of a child of the employee, the placement of a child with an employee in connection with the adoption or foster care of the child by the employee, or the serious health condition of a child of the employee.

(B) Leave to care for a parent or a spouse who has a serious health condition.

(C) Leave because of an employee’s own serious health condition that makes the employee unable to perform the functions of the position of that employee, except for leave taken for disability on account of pregnancy, childbirth, or related medical conditions.

¹⁵⁰ Cfr § 11093 do *California Code of Regulations*.

11087 (e) do *California Code of Regulations*¹⁵¹ “eligible employee será qualquer trabalho a tempo inteiro ou a tempo parcial, que preste trabalho na Califórnia e que se tenha encontrado empregado num total mínimo de 12 meses (52 semanas) com o mesmo empregador, no período anterior ao início da licença *CFRA* e que tenha prestado trabalho efetivo (dentro do entendimento do *California Labor Code and Industrial Welfare Commission Wage Orders*) para o empregador, pelo período mínimo de 1,250 horas durante o período de 12 meses imediatamente anterior à data de início da licença *CFRA*”.¹⁵²

Paralelamente às condições de elegibilidade previstas para o trabalhador, são consignadas condições relativas à entidade patronal. Neste sentido, o empregador apenas é obrigado a conceder esta licença ao trabalhador se empregar, no mínimo, 50 trabalhadores. Caso assim não aconteça, é legítima a recusa do empregador em conceder a *family care and medical leave* ao trabalhador que a requeira¹⁵³.

Concedida a licença ao abrigo da *CFRA*, esta pode atingir um período de 12 semanas e pode ser gozada imediatamente após o gozo da *PDL*. Analisados os parâmetros de acesso a uma *family care and medical leave* ao abrigo da *CFRA*, é clara a intenção legislativa subjacente: conceder tempo aos trabalhadores para que possam estabelecer uma relação com o recém-nascido.

À semelhança do que se verifica para as *PDL*, também no âmbito destas licenças, o empregador encontra-se desonerado das obrigações salariais para com o trabalhador, sendo apenas obrigado a continuar a providenciar os benefícios de saúde.

Em estrita relação com a *CFRA*, destaca-se a *FMLA*¹⁵⁴. À imagem da daquela, a *FMLA* é, também, uma licença ao alcance dos trabalhadores que necessitem de tempo por motivos familiares ou médicos. Do mesmo modo, prevê um período máximo de 12

¹⁵¹ Do mesmo modo dispõe o art. 12945.2 (a) do *Government Code*

¹⁵² No texto original pode ler-se: “«eligible employee» means a full- or part-time employee working in California who has been employed for a total of at least 12 months (52 weeks) with the employer at any time prior to the commencement of a *CFRA* leave, and who has actually worked (within the meaning of the California Labor Code and Industrial Welfare Commission Wage Orders) for the employer at least 1,250 hours during the 12-month period immediately prior to the date the *CFRA* leave is to commence”.

¹⁵³ A condicionante decorrente do número de trabalhadores apenas tem aplicação no setor privado e não no que diz respeito aos trabalhadores do setor público.

¹⁵⁴ Disponível em <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/part-825/subpart-B>

semanas fora do local de trabalho por cada período de 12 meses e impõe condições de elegibilidade semelhantes às já identificadas para a *CFRA*. Destaca-se como principal diferença o âmbito territorial de aplicação, na medida em que, enquanto a *CFRA* apenas produz efeitos no Estado da Califórnia, a *FMLA* tem o estatuto de lei federal, o que se traduz na aplicabilidade em todo o território nacional. Por conseguinte, os trabalhadores que requeiram mas a quem não seja concedida uma licença ao abrigo da *CFRA*, podem requerê-la ao abrigo da *FMLA*. No que diz respeito a um possível gozo conjunto de ambas as licenças, pode ler-se no art. 12945.2 (s): “As licenças gozados no âmbito desta secção, correm simultaneamente com a licença gozada ao abrigo da *FMLA*, salvo se a licença ao abrigo da *FMLA* for atribuída por invalidez por conta de uma gravidez, parto ou condição médica relacionada. A duração conjunta de licença gozada no âmbito desta secção ou da *FMLA*, ou ambas, salvo as licenças gozadas por invalidez devido a gravidez, parto ou condição médica relacionada, não poderá exceder as 12 semanas de trabalho num período de 12 meses. A trabalhadora tem direito a gozar, em acréscimo à licença providenciada no âmbito desta secção e da *FMLA*, à licença consagrada na secção 12945, caso se qualifique para essa licença”¹⁵⁵. Nestes termos não soçobram dúvidas no que toca às interações entre as várias licenças possivelmente ao alcance dos trabalhadores: quando se verificarem os critérios de admissibilidade, pode o trabalhador ser abrangido por ambas, sendo que o gozo da licença ao abrigo da *CFRA* e da *FMLA* corre em simultâneo.

Há, ainda, a possibilidade de a licença *FMLA* ser gozada simultaneamente com a *PDL*, mas esta última nunca poderá ser gozada concomitantemente com a *CFRA*. Sem descuidar a relevância prática da conjugação das várias licenças, a questão em análise prende-se com a aplicação das mesmas a casos de gestação de substituição. Neste contexto, recupera-se a *ratio* subjacente à criação das licenças consagradas na *CFRA/FMLA* e *PDL*. Se, por um lado, a licença ao abrigo da *PDL* apenas pode ser usufruída pela

¹⁵⁵ No texto original pode ler-se que “Leave taken by an employee pursuant to this section shall run concurrently with leave taken pursuant to the FMLA, except for any leave taken under the FMLA for disability on account of pregnancy, childbirth, or related medical conditions. The aggregate amount of leave taken under this section or the FMLA, or both, except for leave taken for disability on account of pregnancy, childbirth, or related medical conditions, shall not exceed 12 workweeks in a 12-month period. An employee is entitled to take, in addition to the leave provided for under this section and the FMLA, the leave provided for in Section 12945, if the employee is otherwise qualified for that leave”.

surrogate mother, por conta da sua situação física, por outro lado, as licenças ao abrigo da *CFRA/ FMLA* têm como finalidade a adaptação a um novo membro no agregado familiar e o estabelecimento de laços afetivos com essa criança. Consequentemente, e na medida em que esta tarefa cabe aos *intended parents* e já não há *surrogate mother*, que abdicou de todos e quaisquer direitos e responsabilidades parentais, não é possível o gozo desta licença pela *surrogate mother*, mas sim e de forma exclusiva, pelos *intended parents*.

Sem prejuízo do que *supra* foi indicado, como sendo as regras ditas normais, evidencia-se uma diferença desse regime para os casos de *surrogacy* no que toca à conjugação da licença por *PDL* e por *CFRA e/ou FMLA*. Nestas situações, entende-se que aquelas podem correr simultaneamente por conta de um único nascimento, uma vez que o gozo de cada uma delas não se concentra na mesma pessoa. Significa isto que, ao contrário das situações em que a gestante é a mesma pessoa que assume a titularidade da parentalidade, pode a gestante de substituição gozar a licença atribuída através da *PDL* na mesma coincidência temporal do gozo da licença dos *intended parents*, por conta da *CFRA*.

Por último, cabe evidenciar uma outra licença, esta taxativamente identificada e consagrada com vista ao *baby bonding*. Determina o art. 12945.6¹⁵⁶ do *Government Code*, com as alterações introduzidas pelo *NPLA*, que o trabalhador que se encontra ao serviço da mesma entidade patronal, com pelo menos, 20 trabalhadores, num período mínimo de 12 meses, durante os quais tenha trabalhado, pelo menos, 1.250 horas, pode usufruir de um período de 12 semanas de licença parental, para criar laços efetivos com o filho, no prazo de 1 ano dentro do seu nascimento, adoção ou colocação para acolhimento. No entanto, caso ambos os pais se encontrem empregados pela mesma entidade, o empregador não se encontra legalmente obrigado a conceder um período único superior a 12 semanas, a distribuir por ambos. Dispõem as secções (b) e (c) do mesmo artigo que, apesar de esta licença poder ser gozada adicionalmente à *PDL*, não poderá ser fruída pelo trabalhador que escolha gozar da licença concedida pela *CFRA* e

¹⁵⁶ No que concerne ao art. 12945.6 importa referir que existe uma versão atualmente em vigor e uma nova versão que entrará em vigor em 01/01/2020. As alterações entre as versões não são relevantes para o presente estudo. Sobre este tema, consultar https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=GOV&division=3.&title=2.&part=2.8.&chapter=6.&article=1.

pela *FMLA*. Na verdade, o *NPLA* foi criado como forma de igualar a proteção dos trabalhadores de empresas mais pequenas, concedendo direitos equivalentes aos consagrados na *CFRA* e não como forma de aumentar o tempo de licença para os trabalhadores de empresas de maiores dimensões. Do mesmo modo, a licença ao abrigo do *NPLA* é independente da *PDL* e o início do gozo daquela será posterior ao término da licença da *PDL*, quando gozada. Assim sendo, aplica-se o *ratio* acima identificado, concluindo-se pela possibilidade de a gestante e os *intended parents* gozarem, no mesmo período, das licenças motivadas por um mesmo nascimento, aquela por conta da *PDL* e aqueles por conta da *NPLA*.

Em tom conclusivo, tendo em conta a exposição realizada, entende-se que o período máximo de 4 meses de licença consagrado pela *PDL* está apenas na disposição da *surrogate mother*, e, como tal, não pode ser fruído pelos pais-beneficiários. Por outro lado, todas as restantes licenças não se encontram ao alcance da gestante de substituição, na medida em que não visam potenciar a recuperação física mas sim a prestação de apoio ao recém-nascido, assim como o estabelecimento de uma relação afetiva com a criança. Neste sentido, a atribuição das licenças com tais finalidades caberá aos responsáveis pelas responsabilidades parentais, os *intended parents*.

CAPÍTULO III – REGIME DA PARENTALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES

A proteção da parentalidade no ordenamento jurídico português apresenta uma dimensão que transcende, em larga escala, as fontes de direito nacional. É que, muito para além da sua dignidade constitucional e a sua regulamentação no CT, o regime da parentalidade é perpassado por relevantíssimas fontes de direito internacionais.

Na verdade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵⁷, as Convenções n.ºs 103 e, posteriormente, 108 da OIT¹⁵⁸, a Carta dos Direitos Fundamentais da EU¹⁵⁹ e diversas Diretivas da EU¹⁶⁰ refletem, de forma inequívoca, as condutas protetivas a assegurar no que diz respeito à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos trabalhadores, com especial ênfase no que concerne à proteção contra o despedimento por motivos ligados à parentalidade, bem como ao direito a licenças por nascimento e acompanhamento de um filho¹⁶¹.

Neste momento, importa proceder à distinção que opera no contexto europeu entre licença de maternidade, licença de paternidade e licença de parentalidade.

¹⁵⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. No n.º 1 do art. 25.º da Declaração proclama-se o direito que toda a pessoa tem “a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar”, reforçando-se, no seu n.º 2, relativamente à maternidade e à infância, o “direito a ajuda e a assistência especiais” e garantindo-se para todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, o gozo da mesma proteção social.

¹⁵⁸ A Convenção n.º 103, relativa à proteção da maternidade, foi aprovada, entre nós, para ratificação, pelo Decreto do Governo n.º 63/84, de 10/10. A Convenção n.º 103 foi denunciada automaticamente com a aprovação posterior da Convenção n.º 183, relativa à revisão da Convenção (Revista) sobre a Proteção da Maternidade, 1952, adotada pela Conferência Geral da OIT em 15 de junho de 2000. Entre nós, a Convenção n.º 108 foi aprovada, para ratificação, pelo Resolução da Assembleia da República n.º 108/2012, de 08/08.

¹⁵⁹ Refira-se que com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tornou-se juridicamente vinculativa para a UE, tendo agora o mesmo valor jurídico que os Tratados da EU. No n.º 1 do art. 33.º da Carta, depois de assegurada a proteção da família nos planos jurídico, económico e social, proclama-se, no n.º 2, que de forma a conciliar a vida familiar e a vida profissional, “todas as pessoas têm direito a protecção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adopção de um filho”.

¹⁶⁰ Destacam-se as Diretivas 92/85/CEE, 96/34/CE, 2006/54/CE, 2010/41/EU e 2010/18/EU, que serão objeto de análise *infra*.

¹⁶¹ Para mais sobre este assunto, veja-se TERESA COELHO MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 225 e ss. Nas palavras da Autora, “o direito da União Europeia releva como fonte de Direito de Trabalho nacional, quer ao nível do denominado Direito primário ou originário, isto é, ao nível dos Tratados, quer ao nível do Direito secundário ou derivado, ou seja, ao nível dos órgãos da União Europeia, destacando-se, nesta sede, as Diretivas que têm sido aprovadas em matéria social pelas instituições da União Europeia”.

Vejamos : a Diretiva 2019/1158/UE¹⁶² define *licença de paternidade* como a dispensa de trabalho remunerada para o pai, por ocasião do nascimento de um filho, com a finalidade de prestar cuidados. Por outro lado, *licença de parentalidade* implica a dispensa de trabalho dos progenitores por motivos de nascimento ou adoção de um filho, a fim de cuidar dessa criança, já sem a especificidade de atribuição a um dos progenitores, deixando ao livre critério destes escolher qual dos elementos usufruirá da mesma. Já o conceito de *licença de maternidade* é retratado num diploma distinto, designadamente no art. 8º da Diretiva 92/85/CEE¹⁶³, encontrando-se indissociavelmente ligado à qualidade de trabalhadora grávida, puérpera e lactante, isto é, do elemento feminino.

Apesar da distinção léxica levada a cabo no contexto europeu, cabe elucidar que o ordenamento português não aplica os mesmos termos. Ao contrário da distinção efetuada *a priori*, o ordenamento português excluiu determinantemente as expressões *licença de maternidade* e *licença de paternidade*, numa tentativa de realização efetiva da igualdade de género. Como tal, a distinção terminológica acima efetuada não ganha aplicação em Portugal, sem prejuízo da necessária e existente correspondência entre os conceitos europeus de *licença de parentalidade* com a licença parental inicial; de *licença de maternidade* com a licença parental exclusiva da mãe e de *licença de paternidade* com a licença parental exclusiva do pai.

1. Da influência europeia

1.1. Na licença de maternidade

Atualmente, o quadro legislativo da UE, no que diz respeito às políticas de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar, atravessa uma época de mudança.

¹⁶² Diretiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores e que revoga a Diretiva 2010/18/UE do Conselho, publicada no *JOUE* n.º L 188/79 de 12/07/2019.

¹⁶³ Diretiva 92/85/CEE do Conselho de 19 de outubro de 1992 relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, publicada no *JOCE* n.º L 348/1, de 28/11/92.

Desde logo, destaca-se o esforço que tem vindo a ser desenvolvido no sentido de aproximar o tratamento entre homens e mulheres integrados no mercado de trabalho, que se desdobra em várias áreas de aplicação, entre as quais as matérias relativas à parentalidade. Neste contexto, evidencia-se a Diretiva 2006/54/CE de 5 de julho de 2006, relativa à igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres no âmbito do emprego e da atividade profissional¹⁶⁴. No que concerne à proteção de igualdade de sexo relativamente a trabalhadores independentes vigora a Diretiva 2010/41/UE, de 7 de julho de 2010¹⁶⁵, no âmbito da qual se prevê que os Estados-Membros adotem as medidas necessárias para que as trabalhadoras independentes tenham acesso a um subsídio de maternidade que lhes permita interromper a sua atividade profissional por um período mínimo de catorze semanas.

No que diz respeito à licença de maternidade *per si*, diversos instrumentos legislativos versam sobre esta matéria, sendo que o destaque cabe à Diretiva 92/85/CEE, do Conselho de 19 de outubro de 1992, atualmente em vigor, ao consagrar uma licença mínima de catorze semanas consecutivas a gozar antes e/ou depois do parto, com a particularidade de duas dessas semanas, repartidas anterior e/ou posteriormente ao parto, serem de carácter obrigatório. Na perspetiva europeia, a obrigatoriedade de interrupção da atividade profissional durante um período de duas semanas coincidentes com o momento do parto relaciona-se ideologicamente com a recuperação biológica necessária e indissociável desse acontecimento. Trata-se de um período mínimo de recobro atribuído à mulher que acaba de passar por um parto, sendo este considerado o tempo minimamente necessário para a sua convalescença.

1.2. Na licença de paternidade e de parentalidade

A grande atualização e modificação legislativa verifica-se no que concerne às licenças de paternidade e parentalidade.

Até agora, a Diretiva 2010/18/UE regulava esta matéria, prevendo incentivos limitados e extremamente reduzidos para os homens que pretendiam assumir uma parte igualitária nas responsabilidades de prestação de cuidados parentais, o que se

¹⁶⁴ Publicada no *JOUE* n.º L 204/23, de 26/07/2006.

¹⁶⁵ Publicada no *JOCE* n.º L 180/1 de 15/07/2010.

manifestava, desde logo, na falta de consagração explícita de uma licença de paternidade.

Em demonstração clara de avanço legislativo, foi inicialmente criada, em abril de 2017, uma proposta¹⁶⁶ relativa à conciliação entre a vida profissional e familiar dos progenitores, que visava revogar a Diretiva 2010/18/UE¹⁶⁷. Como principais alterações a introduzir, este diploma apontava a necessidade de implementação de uma licença de paternidade¹⁶⁸, independente do estado civil do pai, com uma duração mínima de 10 dias úteis, deixando na liberdade dos Estados-Membros se esta seria gozada parcialmente antes ou só após o nascimento da criança. A fim de incentivar a efetivação desta medida, foi definida a implementação de um subsídio aplicável ao período mínimo de licença de paternidade, pelo menos equivalente ao valor do subsídio nacional de doença, mas que se incentivava igual ao previsto para a licença de maternidade.

Previa, ainda, modificações à licença parental protegida na Diretiva 2010/18/EU. Enquanto nesta apenas se previa que cada trabalhador tem direito a uma licença parental de quatro meses, a gozar antes da criança atingir os oito anos de idade, a nova proposta de Diretiva consagrava que, desses quatro meses de licença de parentalidade, pelo menos dois meses deveriam ser intransmissíveis, de modo a permitir que cada progenitor goze exclusivamente de dois meses desta licença e a evitar que seja a mãe a usufruir da maioria desse período. Como principais alterações destacam-se, ainda, os direitos relacionados com a licença de cuidador e os regimes de trabalho flexíveis a atribuir aos trabalhadores pais ou cuidadores.

Esta Diretiva acabou por ser adotada pelo Conselho da UE e publicada no Jornal Oficial da UE em 12 de julho do mesmo ano, como a Diretiva (UE) 2019/1158, de 20 de Junho de 2019¹⁶⁹, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos

¹⁶⁶ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017PC0253>

¹⁶⁷ Neste sentido ver JAIME CABEZA PEREIRO, «Conciliación de vida personal y familiar. El permiso parental», in AAVV, *Derecho Social de la Unión Europea...*, cit., pág. 501 e ss.

¹⁶⁸ A gozar pelo pai ou, na medida em que seja reconhecido pela legislação nacional, um segundo progenitor equivalente.

¹⁶⁹ Não obstante, e como decorre do art. 19º desta, a Diretiva 2010/18/UE é revogada com efeitos apenas a partir de 2 de agosto de 2022. É precisamente até essa data que os Estados-Membros devem adotar as disposições legislativas necessárias para dar cumprimento à nova Diretiva, nos termos do art. 20º da mesma.

progenitores e cuidadores – *Directive on work-life balance for parents and carers* ¹⁷⁰. Com as alterações que fez operar, ao estabelecer limites mínimos no que concerne a licenças parentais e de paternidade, facilitará a conciliação entre a vida profissional e familiar dos progenitores e contribuirá para a aproximação aos objetivos de igualdade entre homens e mulheres quer quanto a oportunidades no mercado de trabalho, quer quanto à igualdade de tratamento no trabalho.

É apenas de destacar que, enquanto o gozo de licença de paternidade não se encontra adstrito a nenhum período de antiguidade, o direito a licença parental pode implicar um requisito de antiguidade, desde que não superior a um ano. Concomitantemente, a nova Diretiva implementa a possibilidade de os trabalhadores poderem gozar a licença parental de forma flexível, isto é, quer a tempo inteiro quer a tempo parcial, com períodos alternados¹⁷¹.

2. Do regime nacional

Desde 2009¹⁷², o CT¹⁷³ enquadra as normas relativas à maternidade e paternidade no atual regime de parentalidade. Como concretização da proteção constitucional constantes dos arts. 68º e 36º, nº 5, da CRP, o art. 33º do CT consagra a maternidade e paternidade como valores sociais eminentes e protege os trabalhadores

¹⁷⁰ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1563961670580&uri=CELEX:32019L1158>

¹⁷¹ Cfr. considerando (23) e art. 5º, nº6 e art. 9º da Diretiva 2019/1158/EU.

¹⁷² Modificações introduzidas pela Lei n.º 7/2009, que embutiu mudanças substanciais no que concerne à igualdade dos progenitores. Na vigência do CT de 2003, a presente matéria estava corporizada na subsecção intitulada “Proteção da maternidade e paternidade”, tendo essa designação sido abolida com a promulgação da Lei n.º7/2009, para dar lugar, num movimento de luta contra a desigualdade de género, à expressão *parentalidade*. Para uma análise profunda sobre a evolução do regime veja-se *Policy Brief II -Homens e Licenças Parentais: Quadro legal, atitudes e práticas*, 2016, pág. 6 Disponível em http://cite.gov.pt/asstscite/images/papelhomens/P_Brief_II.pdf

¹⁷³ A presente dissertação centra a análise no âmbito do direito privado e, como tal, na análise do regime previsto no CT. Não obstante, a matéria em causa é igualmente regulada no âmbito do direito público, nomeadamente nos arts.134º/1/d), e), f) e i) da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Lei n.º 35/2014, de 20 de junho. Acresce, por força do disposto na al. e) do n.º 1 do art. da identificada lei, a devida remissão para o CT em matéria de parentalidade. Ainda neste sentido, veja-se Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 000352015, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/3c6a3cf49b394df680257efa0059a66f?OpenDocument>

com essa qualidade, amparando o exercício da parentalidade numa realidade onde os pais estão inseridos no mercado de trabalho.

A proteção da parentalidade espelha-se, *ab initio*, na atribuição de direitos laborais aos pais *latu sensu*, direitos esses relacionados com a possibilidade de estes verem as suas ausências justificadas, nomeadamente através da atribuição de licenças, dispensas e faltas de que podem dispor quando têm e/ou esperam um filho.

De acordo com GUILHERME GRAY, a proteção da parentalidade manifesta-se, além do *supra* indicado, em mais três grupos de normas, *que têm em vista o mesmo desiderato de conciliação entre a vida profissional e familiar e a proteção das aludidas situações de maternidade e paternidade*¹⁷⁴, e que distingue quanto às normas relativas ao tempo de trabalho, com a consagração de regimes especiais: as normas relativas à reinserção profissional; as normas relativas à proteção da segurança e saúde da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante e as normas atinentes à proteção no despedimento¹⁷⁵.

2.1. A trabalhadora grávida, puérpera e lactante

Importa, antes de mais, distinguir conceitos fundamentais no que toca à proteção da trabalhadora-mulher no âmbito da parentalidade. Seguindo o enquadramento do art. 36º do CT, destacam-se os conceitos de trabalhadora *grávida*, entendida como a trabalhadora em estado de gestação; *puérpera*, entendida com a trabalhadora parturiente, que mantém aquela designação durante um período de 120 dias subsequentes ao parto e o conceito de trabalhadora *lactante*, como sendo a que se encontra em período de amamentação do seu filho¹⁷⁶.

¹⁷⁴ *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 721.

¹⁷⁵ Já GAMA LOBO XAVIER, sobre este assunto, defende que “os direitos em que se concretiza tal regime, enunciados nas als. a) a s) do n.º 1 do art. 35.º, repartem-se essencialmente por seis vertentes: i) concessão de licenças; ii) dispensas do trabalho; iii) justificação de faltas; iv) reorganização da actividade; v) não obrigatoriedade da sua realização em certas condições particularmente penosas e vi) reforço da protecção legalmente conferida em caso de despedimento” (*Manual de Direito do Trabalho*, 3.ª ed. Revista e Actualizada, Rei dos Livros, 2018, pág..906).

¹⁷⁶ Resulta do n.º 2 do art. 36º que estas qualidades/estatutos, e conseqüentemente o regime de proteção consagrado para quem os possua, é aplicável desde que o empregador tenha conhecimento da situação, isto é, mesmo que a trabalhadora não cumpra o ónus de informação previsto no n.º 1 do referido artigo. Por conseguinte, para a aplicabilidade do regime especialmente criado para

Por se encontrarem numa situação distinta dos restantes trabalhadores, o regime aplicável às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes é, também ele, distinto. O regime próprio consagrado para estas trabalhadoras visa, não só a proteção da saúde das mesmas como também a proteção da criança que geram, motivos que justificam um tratamento diferenciado.

Desde logo, o CT, no seu art. 62º, consagra um regime específico para esta classe, aplicável quando a atividade desempenhada pela trabalhadora seja *suscetível de apresentar um risco específico de exposição a agentes, processos ou condições de trabalho* devendo o empregador *proceder à avaliação da natureza, grau e duração da exposição da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante* de modo a determinar quais os riscos e quais as medidas a adotar. Do mesmo modo, são impostas restrições legais no que à promoção de segurança e saúde no trabalho diz respeito, sendo-lhes aplicável o disposto nos arts. 50º a 60º da Lei 102/2009, de 10/09, respeitante a atividades proibidas ou condicionadas¹⁷⁷.

Também no que toca à organização do tempo de trabalho, há algumas particularidades a apontar. Destaca-se a não obrigatoriedade de prestação de trabalho em horário de trabalho organizado de acordo com o regime de adaptabilidade, de banco de horas¹⁷⁸ ou de horário concentrado (nº 1 do art. 58º do CT). Concomitantemente, a trabalhadora grávida, lactante e/ou com um filho de idade inferior a 12 meses encontra-se dispensada da prestação de trabalho suplementar, nos termos do art. 59º. No que concerne ao trabalho no período noturno, o art. 60º do CT cria regimes distintos consoante as várias fases inerentes à maternidade: dispensa a trabalhadora grávida e a

estas trabalhadoras, não basta a simples situação de facto naturalística que lhes atribui essa qualidade, sendo necessária ou a comunicação ao empregador ou o conhecimento do empregador da sua situação. Neste sentido, ver anotação de GUILHERME GRAY ao art. 36º, in AAVV, *Código do Trabalho Anotado*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pág. 203.

¹⁷⁷ Com vista à proteção desta classe de trabalhadoras, foram criados diversos diplomas legais que consagram um regime especial. Entre todos, destacamos a Lei nº 133/2015, de 07/09, que, de modo a assegurar, de forma efetiva e real, a proteção das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, implementou legalmente a impossibilidade de atribuição de subsídios e subvenções públicas a empresas que, nos dois anos anteriores à candidatura para tal, tenham sido condenadas por despedimento ilegal desta classe de trabalhadoras.

¹⁷⁸ Segundo CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “trata-se de um direito e não de uma proibição, pelo que estas trabalhadoras, se assim o pretenderem, poderão prestar trabalho neste regime” – «A organização e a remuneração dos tempos de trabalho: em especial o banco de horas», in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*. Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015. Vol. I. pág. 490.

trabalhadora lactante – esta durante o tempo em que durar a amamentação – da prestação de trabalho noturno quando tal se revelar necessário para a sua saúde ou para a do nascituro e dispensa ainda, da prestação de trabalho noturno, a trabalhadora durante um período de 112 dias distribuídos pré e pós parto, dos quais pelo menos 56 dias devem ser utilizados antes da data previsível do parto.

A proteção contra o despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes consubstancia também uma preocupação legislativa. Neste sentido, é igualmente consagrada em regime especial, no atual art. 63º, a obrigatoriedade de um parecer prévio da CITE para que a entidade empregadora possa seguir com o despedimento de uma trabalhadora com aquelas qualidades¹⁷⁹. Caso o parecer não seja favorável ao despedimento, este só poderá ter lugar após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.

2.2. Das licenças, dispensas e faltas

i. Licenças

Seguindo a terminologia adotada por GUILHERME GRAY, como introdução à distinção entre estes grupos de normas protetoras da parentalidade, diferencia-se o conceito de *licença* dos demais, definindo-o como as *ausências ao trabalho prolongadas por motivo de maternidade ou de paternidade, com perda de retribuição mas, nalguns casos, com direito a subsídio previdencial substitutivo*¹⁸⁰.

Parece oportuno, neste momento, fazer operar uma distinção entre as licenças pré e pós parto. No hiato temporal que antecede o parto, o direito ao gozo de uma licença por motivos de parentalidade, reporta-se apenas à trabalhadora-mãe, nas vestes de trabalhadora grávida, corporizando-se em *licença em situação de risco clínico durante a gravidez* (art. 37º do CT) e em *licença por interrupção da gravidez* (art. 38º do

¹⁷⁹ Não obstante a consagração de um regime de despedimento distinto do geral para as trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, com a obrigatoriedade de um parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidade entre homens e mulheres, não deixa de causar alguma estranheza o n.º 4 do art. 63º, ao determinar que, caso o parecer não seja emitido nos trinta dias subsequentes à receção do processo pela entidade competente, o mesmo se considere emitido em sentido favorável ao despedimento.

¹⁸⁰ *O Princípio...*, cit., pág. 721.

CT)¹⁸¹. Acresce como hipótese, no âmbito de licenças pré-parto, a possibilidade de a mãe gozar até 30 dias de licença parental inicial antes do parto (art. 41º, nº1 e nº3 do CT)¹⁸².

Em caso de situação de risco clínico durante a gravidez, para a trabalhadora ou para o nascituro, aquela pode beneficiar da licença, pelo período de tempo que for medicamente considerado necessário, desde que o risco seja classificado como impeditivo do exercício de funções e desde que o empregador não proporcione o exercício de uma atividade profissional compatível com o seu estado e categoria profissional.

Por outro lado, pode suceder que a trabalhadora sofra uma interrupção de gravidez, caso em que terá direito a uma licença com duração entre 14 a 30 dias. A falta de clarificação relativamente aos moldes em que a interrupção da gravidez da trabalhadora tem lugar – se espontânea ou voluntária – apenas pode significar, salvo melhor opinião, o alcance do regime a qualquer uma das situações^{183 184}.

¹⁸¹ Como resulta do disposto no nº 1 do art. 65º do CT, a licença da trabalhadora, por qualquer um dos motivos indicados, não determina a perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e todas as ausências ao trabalho por esses mesmos motivos, são consideradas como prestação efetiva de trabalho, suspendendo-se o gozo de férias, quando seja o caso, devendo os dias remanescentes ser gozados após o seu termo, mesmo que tal se verifique no ano seguinte. Concomitantemente, nos termos do nº 3 do art. indicado, o gozo de qualquer uma das licenças indicadas, não prejudica o tempo já decorrido de estágio ou ação ou curso de formação, devendo a trabalhadora cumprir apenas o período em falta para o completar e adia a prestação de prova para progressão na carreira profissional, a qual deve ter lugar após o termo da licença. Importa, por último, assinalar que, nos termos do nº 5 deste preceito, garante-se o direito a retomar a atividade contratada, uma vez findas as licenças.

¹⁸² Refira-se que a Lei n.º 90/2019, de 04/09, que alterou o CT, reforçando a parentalidade, introduziu a licença para deslocação a unidade hospitalar localizada fora da ilha de residência para realização de parto (art. 37.º-A do CT). Em todo o caso, atendendo ao seu âmbito de aplicação mais residual, não iremos analisar em particular tal modalidade.

¹⁸³ Sobre este assunto, ver anotação de GUILHERME GRAY, in *Código do Trabalho...*, cit., pág. 204.

¹⁸⁴ Apesar de o período de licença, quer em caso de risco clínico, quer em caso de interrupção da gravidez, equivaler, no que respeita aos restantes direitos, a prestação efetiva de trabalho, durante esse hiato temporal a trabalhadora perde a sua remuneração salarial. No entanto, desde que cumpra os requisitos de acesso, terá direito a uma prestação social substitutiva do salário, ao abrigo do DL n.º 91/2009, de 09/04, ou, caso não cumpra tais requisitos, poderá ter acesso ao subsídio social por risco clínico de gravidez. O montante diário do subsídio atribuído corresponde a 100% da remuneração de referência da trabalhadora, Cfr. art. 23º, n.º 1, do DL n.º 89/2009, de 09/04, e art. 29º do DL 91/2009, de 09/04. Sobre este assunto: ANA LAMBELO e LUÍSA ANDIAS GONÇALVES, *Manual de Direito do Trabalho- da teoria à prática*. Coimbra Editora, 2014, págs. 281-284, e DAVID FALCÃO e SÉRGIO TOMÁS *Lições de Direito do Trabalho- A relação individual de trabalho*, 5.ª ed. revista e ampliada, Almedina, 2018, pág. 102.

Concomitantemente, como já referido, ao abrigo do nº3 do art. 65º do CT, qualquer uma das licenças identificadas suspende o gozo das férias, quando seja o caso, devendo os dias remanescentes ser gozados após o seu termo, mesmo que tal se verifique no ano seguinte; não prejudica o tempo já decorrido de estágio ou de ação ou curso de formação, devendo a trabalhadora cumprir apenas

No que concerne à possibilidade de a mãe gozar um período máximo de 30 dias de licença parental antes do parto, cabe apenas um reparo no sentido de clarificar que o período que vier a ser gozado neste enquadramento, será posteriormente descontado nos 120 ou 150 dias de licença inicial, abaixo analisados, não podendo ser deduzido na licença obrigatória de 6 semanas *postpartum*.

Já num momento posterior ao nascimento, os períodos de licença laboral concedidos repartem-se quer pela mãe, quer pelo pai, numa única licença parental inicial¹⁸⁵. No que respeita a esta licença parental inicial, o art. 40º, nº 1, do CT dispõe que *a mãe e o pai trabalhadores têm direito, por nascimento de filho, a licença parental inicial de 120 ou 150 dias consecutivos, cujo gozo podem partilhar após o parto, sem prejuízo dos direitos da mãe*¹⁸⁶. Os «direitos da mãe» referidos reportam-se ao hiato temporal imediatamente após o parto, em que a trabalhadora-mãe goza de forma obrigatória e exclusiva, um período de seis semanas de licença¹⁸⁷, período esse que é incluído na totalidade dos cento e vinte ou cento e cinquenta dias de licença inicial.

o período em falta para o completar; adiam a prestação de prova para progressão na carreira profissional, a qual deve ter lugar após o termo da licença.

¹⁸⁵ A evolução legislativa nesta matéria é de evidenciar. Até à entrada em vigor do CT de 2009, não se encontrava prevista uma licença parental única, mas sim duas licenças distintas, a licença por maternidade e a licença por paternidade, a gozar de forma autónoma e independente. Já na vigência do CT, as principais alterações foram introduzidas pela Lei nº 120/2015, de 01/09. Neste sentido, com as duas últimas alterações legislativas referidas, passa a ser possível uma licença partilhada e gozada em simultâneo por ambos os pais. Encontra-se, deste modo, alargado o âmbito de possíveis hipóteses e formas de gozo de licença parental inicial, podendo os pais escolher entre uma licença de 120 ou 150 dias, a partilhar ou não e a gozar, ou não, em simultâneo – sendo que, nos termos do n.º 2 do art.40º, a simultaneidade apenas pode ocorrer entre o 120º e o 150º dias.

¹⁸⁶ No período relativo à licença de 120 dias, o montante diário do subsídio parental corresponde a 100% da remuneração do trabalhador [Cfr. art. 23º, n.º 2, al. a), do DL nº 89/2009 e art. art. 30º, al. a), do DL n.º 91/2009].

Caso os pais optem pelo período de licença de 150 dias, o montante diário do subsídio parental corresponde a 80% da remuneração de referência [Cfr. art. 23º, n.º 2, al. b), do DL n.º 89/2009 e art. art. 30º, al. b), do DL nº91/2009].

Caso optem pelo período de 120 dias, mas gozem do acréscimo de 30 dias previsto no n.º 3 do art. 40º do CT, o montante diário do subsídio parental corresponde a 100% da remuneração do trabalhador [Cfr. art. 23º, n.º 2, al. c), do DL n.º 89/2009 e art. art. 30º, al. c), do DL n.º 91/2009].

¹⁸⁷ De evidenciar que a legislação portuguesa suplanta a proteção mínima incutida pela UE, que implementa a licença de maternidade num período de 14 semanas consecutivas (que se traduz em 70 dias) e apenas duas semanas de licença de maternidade obrigatória, sendo que qualquer uma delas poderá ser gozada antes do parto (cfr. art. 8º da Diretiva 92/85/CEE, de 19 de outubro de 1992, atualizada pela Diretiva 2007/30/CEE, de 27 de junho de 2007).

A alteração legislativa mais recente, introduzida pela Lei n.º 90/2019, de 04/09, que alterou o CT, reforçando a proteção da parentalidade, prevê que, nas situações em que a criança continue em internamento hospitalar após o período recomendado de internamento pós-parto, a licença parental inicial é aumentada até ao limite de 30 dias. Por outro lado, quando esta situação ocorra em virtude de um parto antecipado, designadamente até às 33 semanas de gravidez, a licença parental inicial é aumentada pelo tempo necessário de forma a abranger todo o período de internamento. Quando não se verifique a necessidade de internamento hospital da criança imediatamente após o período recomendado de internamento pós-parto, mas o parto ocorra até às 33 semanas de gravidez, é concedido também, ao abrigo do n.º 7 do art. 40.º, um acréscimo de 30 dias à duração total da licença parental inicial¹⁸⁸.

Em contexto de aplicação prática, o gozo de uma licença parental inicial pode ser repartido entre mãe e pai, apenas após as seis semanas de licença obrigatória da mãe, pelo período restante até completar os cento e vinte ou os cento e cinquenta dias, a estabelecer conforme a livre preferência do casal, sem qualquer obrigação de gozo adstrita a um dos membros do casal¹⁸⁹. Já no que diz respeito ao gozo simultâneo da licença, leia-se o período em que mãe e pai podem usufruir conjuntamente da licença, apenas pode ter lugar entre os cento e vinte e os cento e cinquenta dias de licença parental inicial¹⁹⁰.

Nas palavras de GAMA LOBO XAVIER, quanto ao remanescente [após o período obrigatório para a mãe], “podem a mãe e o pai trabalhadores optar entre partilhar o respetivo gozo ou atribuí-lo a um dos dois, à escolha. No período entre os cento e vinte

¹⁸⁸ O gozo dos acréscimos de licença referidos depende, nos termos do art. 40, n.º 13.º, da comunicação da correspondente situação ao empregador, acompanhada da respetiva declaração emitida pelo estabelecimento hospitalar.

¹⁸⁹ De um ponto de vista processual, os pais apenas ficam adstritos, em caso de gozo partilhado da licença, à comunicação, através de uma declaração conjunta, até sete dias após o parto, aos respetivos empregadores do início e do termo dos períodos a gozar por cada um. Nos casos em que a licença parental inicial não é partilhada entre ambos os progenitores, e sem prejuízo da licença obrigatória e exclusiva da mãe, o progenitor que gozar a licença deve, no mesmo prazo, informar o empregador da duração da licença e da sua data de início, assim como entregar uma declaração do outro progenitor na qual conste que o mesmo se encontra a exercer atividade profissional e que não se encontra nem encontrará a gozar a licença parental inicial. A falta de entrega das indicadas declarações tem como efeito a atribuição tácita do gozo da licença à mãe.

¹⁹⁰ Caso ambos os pais trabalhem na mesma empresa e se se tratar de uma microempresa, o gozo da licença inicial em simultâneo, isto é, entre os cento e vinte e os cento e cinquenta dias, fica dependente da concordância do empregador (art. 40.º, n.º 9, do CT).

e os cento e cinquenta dias pode a licença ser gozada simultaneamente por ambos os pais”¹⁹¹.

A estes hiatos temporais acrescerá um período de 30 dias de licença inicial quando, após o período de gozo de seis semanas obrigatórias pela mãe, a mãe ou o pai gozar cada um, e em exclusivo, de um período de 30 dias de licença consecutivos ou dois períodos de 15 dias consecutivos¹⁹². Como corolário, emerge assim a possibilidade de uma licença inicial contemplar com uma duração de 180 dias, quando verificado o agora indicado pressuposto, previsto no art. 40º, n.º 3, do CT¹⁹³.

Aos indicados períodos de licença, crescem 30 dias por cada gêmeo, além do primeiro, em caso de nascimentos múltiplos¹⁹⁴.

Ainda no que diz respeito à licença parental inicial, identifica-se uma outra modalidade, prevista no art. 42º do CT, sob a epígrafe *licença parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro*. Contempla esta modalidade a possibilidade de, em caso de falecimento ou incapacidade física ou psíquica do progenitor que estiver a gozar a licença, o outro progenitor gozar da totalidade ou do restante período não gozado da licença parental inicial. Nas palavras de DIOGO VAZ MARECOS, “este artigo 42º pretende salvaguardar que a licença parental inicial é efetivamente gozada, ainda que se verifique a morte ou a incapacidade física ou psíquica do progenitor que se encontrava a gozá-la”¹⁹⁵. Uma primeira interpretação poderia implicar que o gozo da totalidade da licença inicial, leia-se cento e vinte ou cento e cinquenta dias, apenas tem aplicação quando, à data da morte ou da incapacidade, se encontrem verificados os pressupostos previstos no art. 40º, isto é, quando ainda não

¹⁹¹ *Ob. cit.*, pág. 907.

¹⁹² Nas palavras de ANA LAMBELHO e LUÍSA ANDIAS GONÇALVES, “é fácil de antever que o intuito deste acréscimo é chamar o pai ao gozo de um período consecutivo e substancial de licença, com vista à redução das diferenças de género que ainda se verificam neste campo. Deste modo, a duração máxima da ausência apenas é conseguida se o pai usufruir, no mínimo, de 30 dias de licença (consecutivos ou divididos em períodos de 15 dias seguidos)”, *ob. cit.*, pág. 286.

Nesta situação, o montante diário do subsídio parental corresponde a 83% da remuneração de referência [Cfr. art. 23º, n.º 2, al. d), do DL n.º 89/2009 e art. 30º, al. d), do DL n.º 91/2009].

¹⁹³ Sem prejuízo de uma duração maior, caso a situação se enquadre nos n.ºs 5, 6 ou 7 do art. 40º.

¹⁹⁴ Cenário em que o montante diário do subsídio parental devido pelos períodos acrescidos é de 100% da remuneração de referência.

¹⁹⁵ *Código do Trabalho Comentado*, Almedina, Coimbra, 3.ª ed., 2017, pág. 180.

tenha tido início o gozo da licença. No entanto a redação deste artigo é falaciosa, uma vez que não será essa a interpretação a ter lugar. A redação conferida pela Lei n.º 90/2019, de 04/09, vem simplificar a confusão que poderia sobrevir, alterando a redação do n.º 2, para que se passe a ler “apenas há lugar à duração total da licença referida no n.º 3 do artigo 40.º caso se verifiquem as condições aí previstas, à data dos factos referidos no n.º 1”.

Nas situações em que o período de licença já esteja a decorrer, o progenitor não impedido apenas poderá gozar o remanescente da licença. Já nos casos em que se verifique a morte ou incapacidade da mãe, a licença parental inicial a gozar pelo pai tem obrigatoriamente uma duração mínima de trinta dias, independentemente de o período remanescente da licença ter ou não essa duração.

Já no que concerne aos direitos laborais do pai, consagra o art. 43º do CT, sob a epígrafe *Licença parental inicial exclusiva do pai*, uma licença obrigatória e exclusiva de 20 dias úteis¹⁹⁶, seguidos ou interpolados, a gozar nas seis semanas seguintes ao nascimento do filho sendo que, 5 desses 20 dias devem ser gozados de modo consecutivo imediatamente a seguir ao nascimento. Esta pode ser classificada como uma licença autónoma relativamente à licença parental inicial, na medida em que, ao contrário do que sucede com a licença exclusiva da mãe, este hiato de 20 dias úteis não é contabilizado para efeitos dos 120 ou 150 dias daquela licença¹⁹⁷. O n.º 2 do mesmo artigo, confere a possibilidade de a esta licença acrescer um período de 5 dias úteis¹⁹⁸, desde que sejam gozados em simultâneo com a licença parental inicial por parte da mãe. Nestes termos, a licença exclusiva do pai pode perfazer um total de 25 dias¹⁹⁹. No caso

¹⁹⁶ O art. 43º, n.º 1, com a redação anterior à Lei n.º 90/2019, de 04/09, consagrava que a licença parental exclusiva do pai tinha uma duração mínima de 15 dias úteis, em detrimento dos 20 dias úteis atualmente previstos, a ser gozados nos 30 dias seguintes ao nascimento do filho.

¹⁹⁷ Sobre esta consideração ver ANA LAMBELHO e LUÍSA ANDIAS GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 292.

¹⁹⁸ A redação anterior à entrada da Lei n.º 90/2019, de 04/09, consagrava, não cinco, mas dez dias úteis de licença, seguidos ou interpolados, também desde que gozados em simultâneo com o gozo da licença inicial por parte da mãe.

¹⁹⁹ O montante diário do subsídio parental corresponde a 100% da remuneração de referência do beneficiário [Cfr. art. 23º, n.º 4, do DL n.º 89/2009 e art. 31.º do DL n.º 91/2009].

de nascimentos múltiplos, por cada gémeo além do primeiro, acrescem dois dias à licença prevista²⁰⁰.

De evidenciar que a licença parental, em qualquer uma das modalidades até aqui analisadas, não determinam, nos termos do n.º 1 do art. 65º do CT, a perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, sendo as ausências ao trabalho delas resultantes consideradas como prestação efetiva de trabalho. Sem prescindir, ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo, a licença parental inicial, em qualquer das suas modalidades, suspende o gozo de férias, devendo os dias remanescentes ser gozados após o seu termo, mesmo que tal se verifique no ano seguinte, não prejudica o tempo já decorrido de estágio ou de ação ou curso de formação, devendo o trabalhador cumprir apenas o período em falta para o completar, assim como adia a prestação de prova para a progressão na carreira profissional, a qual deve ter lugar após o termo da licença. Simultaneamente, não podendo ser suspensa por conveniência do empregador, a licença inicial suspende-se, nos termos do n.º4 do referido art. 65.º, em casos de doença do trabalhador, desde que este informe o empregador e o comprove através de atestado médico, prosseguindo o gozo da licença após a cessação deste impedimento²⁰¹.

²⁰⁰ O montante diário do subsídio devido no período de acréscimo de licença originado por nascimentos múltiplos é igual a 100% da remuneração de referência do beneficiário. [Cfr, art. 32º do DL n.º 91/2009].

²⁰¹ Ainda neste sentido, não prejudica o direito do trabalhador a aceder à informação periódica emitida pelo empregador para o conjunto dos trabalhadores e termina com a cessação da situação que originou a respetiva licença, que deve ser comunicada ao empregador no prazo de cinco dias.

Quanto a esta última nota, um comentário no sentido de demonstrar a nossa discordância relativamente à sua inadequação - terminológica e não tanto conceptual. Na verdade, no que concerne à licença parental inicial, cujo prazo máximo se encontra legalmente estipulado e à qual acresce o ónus de os pais entregarem declaração ao empregador de onde consta a data de início e fim do período de licença a gozar, não parece fazer sentido afirmar que a licença parental inicial termine com a cessação da situação que a originou, na medida em que essa situação será, de forma literal, o parto. Por conseguinte, somos da opinião de que se deverá afirmar que a licença inicial não termina com a cessação da situação que a originou, mas sim com a cessação da licença legalmente consagrada para a situação que lhe deu origem, ou seja, com o término da duração da respetiva licença, que equivale à data indicada pelos respetivos progenitores.

Uma outra questão é-nos suscitada. O trabalhador, nos termos do n.º5 e 7 do art. 40º do CT, comunica ao empregador o período em que pretende usufruir de licença, sendo, assim, do conhecimento deste a duração da licença e, do mesmo modo, a data em que termina o seu gozo. Neste sentido, parece também desadequada a parte final da al. d) do n.º4 do art. 65º do CT, que impõe um prazo de cinco dias para a o trabalhador comunicar o seu regresso. Perante esta factualidade, somos da opinião que a comunicação a realizar no prazo de cinco dias antes do regresso ao trabalho, apenas terá aplicação nos casos em que o trabalhador não comunicou, no prazo de sete dias após o parto, a duração e a data precisa de gozo da licença parental a usufruir. Nos restantes casos, em que o

Uma nota no sentido de evidenciar as mudanças legislativas ocorridas com a introdução da Lei nº47/2019. Nesta matéria, a alteração em causa verificou-se com o aditamento do nº3 do art. 44º-B do DL nº 11/2018²⁰², que estabelece o regime de execução do acolhimento familiar previsto na lei de proteção de crianças e jovens em perigo que, atualmente, consagra que “ a mãe e o pai trabalhadores envolvidos no processo de acolhimento familiar de crianças até 1 ano de idade têm direito a licença parental, sendo aplicável, com as devidas adaptações, o regime previsto nos artigos 40.º a 44.º do Código do Trabalho”.

Ao alcance dos pais encontra-se, ainda, a possibilidade de usufruir de uma *licença parental complementar*. Elucidadas no nº 1 do art. 51º do CT, a licença complementar pode assumir diversas morfologias, com a condicionante de, em qualquer uma das modalidades, apenas poder ser gozada enquanto o filho não atingir os 6 anos de idade²⁰³. Esta licença pode, então, corporizar-se numa *licença parental alargada*, com a duração de 3 meses; em *trabalho a tempo parcial*, durante 12 meses, com um período normal de trabalho igual a metade do tempo completo; em *períodos intercalados de licença parental alargada e de trabalho a tempo parcial* em que a duração total da ausência e da redução do tempo de trabalho seja igual aos períodos normais de trabalho de 3 meses ou, por último, em *ausências interpoladas ao trabalho* com duração igual aos períodos normais de trabalho de 3 meses, desde que previstas em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. De referir que, utilizada uma das vertentes da licença complementar, esta esgota-se por completo, não sendo admissível o recurso sucessivo e/ou alternado a cada uma das materializações desta licença. Poderá ser gozada por qualquer um dos progenitores ou por ambos²⁰⁴ - na

trabalhador informou o empregador da data em que terminaria a licença parental, entende-se que a comunicação a informar o regresso não tem de ser realizada, operando automaticamente o regresso ao trabalho no dia seguinte ao do fim do período de licença.

²⁰² Publicado no Diário da República nº12/2008, Série I de 2008-1-17

²⁰³ Cfr interpretação constante do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República Nº PGRP00003351, de 19/10/2015. Disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/3c6a3cf49b394df680257efa0059a66f?OpenDocument&ExpandSection=-2>.

²⁰⁴ Com a ressalva consagrada no nº3 do art. 51º do CT.

medida em que é atribuída a cada um dos progenitores individualmente - de modo consecutivo ou até 3 períodos interpolados, e até simultaneamente, sendo apenas afastada a possibilidade de cumulação por um dos progenitores do direito do outro. O gozo desta licença, em qualquer uma das suas modalidades, fica dependente da comunicação escrita, com uma antecedência mínima de trinta dias em relação ao seu início, do trabalhador ao empregador da modalidade pretendida e do início e término de cada período. Por conseguinte, esta licença configura *“um direito potestativo exercido unilateralmente pelo trabalhador, através de informação dirigida ao empregador sobre a modalidade em que pretende utilizar a licença, não podendo este recusar o exercício do direito, já que o mesmo não depende da sua autorização”*²⁰⁵. Apenas se destaca a exceção de, no caso de gozo simultâneo e caso ambos os progenitores estejam ao serviço do mesmo empregador, poder este adiar a licença de um desses trabalhadores quando tal se verifique de imperiosa exigência para o funcionamento da empresa, caso em que tal fundamentação terá que ser apresentada ao trabalhador por escrito. Ao gozo deste direito do trabalhador é proporcional ao ónus que sobre este recai na medida em que fica determinantemente impedido de, durante a totalidade da licença, exercer outra atividade incompatível com a respetiva finalidade da mesma.

De evidenciar que durante o gozo desta licença parental complementar, à semelhança das restantes até ao momento analisadas, não existe perda de qualquer direito laboral, salvo quanto à retribuição – alvo de proteção em legislação social, para proteção da efetivação do gozo das licenças²⁰⁶ – sendo esse período de ausências considerado como prestação efetiva de trabalho. Do mesmo modo, as licenças parentais complementares caracterizam-se, ainda e em qualquer uma das suas modalidades, pela sua suspensão em caso de doença do trabalhador – perante a comunicação ao empregador e devida comprovação através de atestado médico – sendo que prosseguem imediatamente após a cessação desse impedimento; não podem ser

²⁰⁵ Cfr. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República Nº PGRP00003351, de 19/10/2015. Disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/3c6a3cf49b394df680257efa0059a66f?OpenDocument&ExpandSection=-2>

²⁰⁶ DL nº 91/2009.

suspensas por conveniência do empregador; não prejudicam o direito do trabalhador a aceder à informação periódica emitida pelo empregador para o conjunto dos trabalhadores; terminam com a cessação da situação que originou a respetiva licença, que deve ser comunicada ao empregador no prazo de cinco dias.

A sensibilidade do legislador para com trabalhadores-pais cujos filhos necessitem de assistência mais prolongada ganha forma na letra do art. 52º do CT. Esgotadas as licenças já referidas e quando o regime de dispensas e faltas não seja apropriado, é criado um regime adicional, determinando a possibilidade de uma *licença para assistência a filho*, a ser gozada de modo consecutivo ou interpolado, em período máximo de 2 anos, dilatado para 3 quando o agregado familiar é composto por 3 ou mais filhos. Estamos perante uma licença que, ao contrário analisada anteriormente, é atribuída conjuntamente a ambos os pais. Como tal, pode ser gozada inteiramente apenas por um dos progenitores, a decidir livremente pelo casal, ou pode esse gozo ser dividido entre ambos, desde que não simultaneamente²⁰⁷. O exercício deste direito fica dependente da comunicação escrita da intenção do trabalhador, de todos os pressupostos previstos no n.º 6 do art. 52º, com uma antecedência mínima de trinta dias reportada ao seu início²⁰⁸. De notar que, à semelhança do regime previsto para a licença parental complementar, também durante o gozo desta, fica o trabalhador impedido de exercer qualquer outra atividade incompatível com a respetiva finalidade, designadamente trabalho subordinado ou prestação continuada de serviços fora da sua residência habitual (cfr. n.º 5 do art. 52º).

Como última licença legalmente consagrada, identificamos a *licença para assistência a filho com deficiência, doença crónica ou doença oncológica*. Consagrada no art. 53º do

²⁰⁷ Nos termos do n.º3 do art. 52º do CT, o/a trabalhador/a só pode fazer uso desta licença *se o outro progenitor exercer atividade profissional ou estiver impedido ou inibido totalmente de exercer o poder parental*, devendo comunicar essa intenção ao empregador nos termos estabelecidos no n.º 6 do mesmo art. Caso não especifique o hiato temporal de que pretende usufruir, este é subsidiariamente fixado em 6 meses, de acordo com o disposto no n.º7.

²⁰⁸ Após o gozo desta licença, o empregador deve, ao abrigo do art. 61º do CT, facultar ao trabalhador a participação em ações de formação e atualização profissional, de modo a promover a sua plena reinserção profissional.

CT, esta licença concretiza-se num período de seis meses, possivelmente prorrogáveis até um limite de quatro anos ou, excecionalmente, seis anos, para assistência de um filho deficiente, com doença crónica ou oncológica²⁰⁹. Todo o restante regime segue o previsto para a licença anteriormente analisada, por força do previsto no nº5 do art. 53º do CT²¹⁰.

ii. Dispensas e faltas

Distinto do regime das licenças de parentalidade, mas na senda do mesmo pensamento legislativo de conciliação entre a vida pessoal e profissional, harmonização das responsabilidades decorrentes da vertente profissional e da vertente familiar e criação de condições favoráveis ao aumento da natalidade, a legislação laboral prevê um regime de dispensas e de faltas.

Neste seguimento, a proteção verifica-se desde o momento em que a trabalhadora se encontra grávida, com a prerrogativa que lhe é concedida, ao abrigo do art. 46º do CT, de dispensa do trabalho para consultas pré-natais, pelo tempo e número de vezes que se verificarem necessários^{211 212}. Neste segmento, afigura-se pertinente a análise de duas questões: em primeiro lugar, o indicado art. 46º é reflexo da tentativa de aproximação entre os interesses do empregador e do trabalhador na medida em que, não obstante o que acima se encontra exposto, consagra como preferencial que a

²⁰⁹ Caso o filho para o qual é necessário o exercício da licença tenha idade superior a doze anos, a necessidade de assistência tem de ser confirmada por atestado médico.

²¹⁰ Tanto a licença para assistência a filho como a licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica suspende, nos termos do n.º 6 do art. 65º do CT, os direitos, deveres e garantias das partes na medida em que pressuponham a efetiva prestação de trabalho, designadamente a retribuição, mas não prejudica os benefícios complementares de assistência médica e medicamentosa a que o trabalhador tenha direito. Concomitantemente, ambas as licenças, por aplicação do n.º 4 do referido art., suspendem-se por doença do trabalhador – quando este informe o empregador e entregue atestado médico comprovativo – sendo que prosseguem imediatamente após a cessação deste impedimento; não podem ser suspensas por conveniência do empregador; não prejudicam o direito do trabalhador a aceder a informação periódica emitida pelo empregador para o conjunto dos trabalhadores e terminam com a cessação da situação que originou a respetiva licença, que deve ser comunicada ao empregador no prazo de cinco dias.

²¹¹ Nos termos do n.º 4 do art. 46º do CT, a preparação para o parto é equiparada a consulta pré-natal.

²¹² Nos termos do n.º 2 do art. 65º do CT, a dispensa para consulta pré-natal não determina perda de quaisquer direitos, incluindo no que toca à retribuição, e é considerada como prestação efetiva de trabalho.

consulta pré-natal decorra fora do horário de trabalho. Um segundo apontamento no sentido de evidenciar a distinção realizada entre pai e mãe: enquanto a trabalhadora grávida pode gozar da dispensa para consulta pré-natal de forma quase ilimitada – com a devida ressalva para o disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 46º – ao trabalhador-pai apenas são concedidas 3 dispensas para o acompanhamento destas consultas²¹³.

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2019, de 04/09, a utilização do instituto da dispensa passa a ser um direito positivado do trabalhador que recorre a tratamentos de PMA, – ao contrário do que sucedia até então. Atualmente, dispõe o art. 46º-A que o trabalhador que recorre a técnicas de PMA, tem direito a três dispensas para consultas no âmbito de cada ciclo de tratamentos de PMA. Denote-se que, a letra do artigo em análise não opera distinção de género pelo que, no caso de um casal que recorra a técnicas de PMA, entendemos que cada um dos elementos do casal poderá utilizar as três dispensas, isto é, estas são atribuídas individualmente a cada um dos trabalhadores.

Concomitantemente, a proteção da parentalidade abarca, como não poderia deixar de ser, a trabalhadora lactante, conferindo-lhe dispensa, para amamentação do filho, durante o tempo em que esta durar²¹⁴. Atento o carácter indissociável de amamentação e mãe, a dispensa prevista no n.º 1 do art. 47º é exclusiva da trabalhadora. No que diz respeito à dispensa para aleitação, cujo regime se espelha no n.º 2 do art. 47º do CT, qualquer eventual discriminação entre pai e mãe é cabalmente destruída²¹⁵, sendo concedida a possibilidade de qualquer um deles, ou ambos, desde

²¹³ No caso do pai, atento a organização dispositiva do art. 46º, não parece ser de aplicar a equiparação entre consultas e preparação para o parto.

²¹⁴ O regime subsidiário – art. 47º, n.º 3, do CT – dispõe que esta é gozada em dois períodos distintos do dia, com a duração máxima de uma hora cada. No caso de nascimentos múltiplos, acresce um período de trinta minutos por cada gémeo além do primeiro. Sobre este assunto veja-se o Parecer n.º 67/CITE/2019. Disponível em http://cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2019/P67_19.pdf No caso de trabalho a tempo parcial, nos termos do n.º 5 e n.º 6 do mesmo artigo, a dispensa diária para amamentação ou aleitação é reduzida na proporção do respetivo período normal de trabalho, não podendo ser inferior a trinta minutos. O regime subsidiário, nestas situações, dispõe que a dispensa seja gozada em período não superior a uma hora e, sendo caso disso, num segundo período com a duração remanescente.

²¹⁵ Neste sentido, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO comenta, já em 2006 mas mantendo atualidade dogmática, que “a partir do momento em que não há lugar à amamentação, aplica-se um regime comum a ambos os sexos, uma vez que apenas se justifica a atribuição de direitos exclusivos à mulher quando os mesmos são incidíveis do facto de ser esta a gerar e a amamentar os filhos. Nos outros planos, prevalece uma ideia de tratamento igualitário entre homem/mulher”, «Efeitos das licenças, faltas e dispensas,

que exerçam atividade profissional, aproveitarem a dispensa, enquanto o filho não perfizer 1 ano de idade^{216 217}.

Na senda da doutrina já apontada, serão “*faltas as ausências (neste caso, justificadas) ao local e tempo de trabalho, [que se subdividem], por sua vez, nas faltas para assistência a filhos e para assistência a neto*”²¹⁸. À semelhança do previsto para a licença parental e outras analisadas, as faltas consagradas, para assistência a filho e para assistência a neto²¹⁹, não determinam a perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, e, concomitantemente, as ausências delas decorrentes são consideradas como prestações efetivas de trabalho.

De facto, apesar de uma posterior classificação como justificada ou injustificada²²⁰, a noção de *falta* pressupõe que seja “inobservado o programa temporal de prestação, isto é, que a não comparência ocorra numa altura em que deveria ser prestado trabalho”²²¹. Nas palavras de JOÃO LEAL AMADO, “a noção de *falta* pressupõe, assim, a conjugação de um elemento material (ausência física do local de trabalho) e de um elemento normativo (durante o período de trabalho devido)”²²².

em matéria de protecção da maternidade e da paternidade no acréscimo do período de férias», *Questões Laborais* (2006), Ano XIII, n.º 28, pág. 146. Mais recentemente, desenvolve a ideia, referindo que “se a aleitação tanto pode ser realizada pela mãe como pelo pai [...], quando ambos exercem a atividade profissional, ambos têm de beneficiar da dispensa de regimes de flexibilidade de tempo de trabalho, sob pena de violação do princípio da igualdade e não discriminação. Contudo, nesta hipótese [...] a dispensa depende de prova do facto de que o regime do banco de horas afeta a regularidade da aleitação”, «A organização e a remuneração dos tempos de trabalho...», cit., pág. 490.

²¹⁶ O procedimento a desencadear para o gozo da dispensa de amamentação ou aleitação encontra-se previsto no art. 48º do CT.

²¹⁷ A dispensa para amamentação ou aleitação, nos termos do n.º 2 do art. 65º do CT, não determina a perda de quaisquer direitos, inclusive quanto à retribuição, e é considerada como prestação efetiva de trabalho.

²¹⁸ GUILHERME GRAY, *O Princípio...* cit., pág. 724.

²¹⁹ O regime relativo às faltas para assistência a neto, regulado no art. 50º do CT, não será alvo de posteriores considerações, por não se configurar relevante para o tema em análise.

²²⁰ São consideradas faltas justificadas as previstas no nº2 do art. 249º do CT. Quanto ao elencado neste artigo, a doutrina tem sido uniforme a considerá-lo como um *sistema híbrido, de tipicidade aberta*, uma vez que se encontram abrangidas um largo número de situações, umas mais delimitadas e outras com um maior carácter discricionário.

²²¹ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pág. 461.

²²² *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 281.

Caracterizam-se pela duração reduzida, comparativamente às licenças. Apenas podem ter lugar em situações de *assistência inadiável e imprescindível* e estão submetidas a limites anuais: para efeitos de assistência a filhos, apenas se consideram justificadas, nos termos do n.º 1 do art. 49º do CT, ou trinta faltas por ano e desde que se deva a doença ou acidente de filho menor de 12 anos²²³, ou durante a totalidade do período de hospitalização. O período indicado não pode beneficiar o pai e a mãe trabalhadores simultaneamente e sofre uma redução de metade quando o filho ultrapassar a idade de 12 anos mantendo-se, já na maioridade, quando ainda faça parte do agregado familiar do trabalhador. De notar que as disposições referidas, relativas às justificações das faltas e à sua duração apresentam carácter imperativo e, como tal, não poderão ser afastadas por contrato de trabalho nem por IRCT.

Importa ainda fazer referência, em jeito de conclusão, que, na exemplificação de faltas motivadas por impossibilidade de prestar trabalho devido a facto não imputável ao trabalhador, nomeadamente doença, acidente ou cumprimento de obrigação legal, o CT de 2009 adicionou, na al. d) do n.º 2 do art. 249.º, como um outro exemplo de impossibilidade não imputável ao trabalhador, a resultante de “observância de prescrição médica no seguimento de recurso a técnica de procriação medicamente”.

Uma nota merecedora de destaque neste temática: o art. 44º- B do DL nº 11/2018, que estabelece o regime de execução do acolhimento familiar previsto na lei de proteção de crianças e jovens em perigo, recentemente aditado pela Lei nº 47/2019, introduz uma nova realidade para os casos de acolhimento de crianças, na medida em que consagra, à semelhança do regime previsto no art. 49º do CT, o direito a faltas da pessoa ou de um elemento da família de acolhimento para assistência à criança ou jovem, incluindo a falta ocorrida na data de início do acolhimento.

2.3. Das normas relativas ao tempo de trabalho

A proteção legislativa conferida aos trabalhadores com responsabilidades parentais manifesta-se, também, no que diz respeito à duração e à organização dos tempos de trabalho. E tal nunca poderia deixar de acontecer na medida em que uma

²²³ Excetuando os casos em que a doença seja crónica ou o filho sofra de deficiência, situações nas quais a falta considera-se justificada independentemente da idade do filho.

verdadeira conciliação entre a vida profissional e vida familiar encontra-se sempre dependente do tempo despendido em cada uma destas esferas. Neste sentido, a proteção da parentalidade manifesta-se, também, na vertente da proteção da conciliação entre as facetas profissional e familiar, proteção essa assegurada constitucionalmente, nomeadamente nos arts. 36º; 59º, nº1, al. b) d); 67º, nº2, al. h) e 68º da CRP. De facto, o direito constitucional à constituição de família só consegue ser realmente efetivado se forem criadas as condições necessárias ao exercício da parentalidade a médio e longo prazo. Uma concentração da proteção da parentalidade nos meses exclusivamente subsequentes ao parto, tornaria obsoleta a *ratio* subjacente à letra constitucional, inviabilizando a conciliação entre as responsabilidades profissionais e familiares do trabalhador. Por conseguinte, aliado às normas protetoras da parentalidade a curto prazo, não podem ser descuradas as medidas que conferem aos trabalhadores-pais a possibilidade de acompanhar o crescimento dos filhos e de estabelecer com estes uma ligação duradoura.

Em tom de concretização ordinária dos princípios constitucionais elencados, os trabalhadores-pais podem optar por um dos regimes de prestação de trabalho ao seu alcance, discriminados nos arts. 55º e seguintes do CT, de forma a facilitar o equilíbrio entre as facetas familiar e profissional.

Desde logo, e como já analisado anteriormente, as trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes podem usufruir de várias alterações no âmbito do horário de trabalho²²⁴.

A par deste regime especial, que protege em grande medida a maternidade, denota-se que tal proteção legislativa não se verifica apenas relativamente à mãe nem só no período que sucede o nascimento. Existe, de facto, uma tutela mais ampla, isto é, que se faz notar durante um período de tempo muito mais alargado e que se aplica também ao pai, em tom de efetiva conciliação família/ emprego, de modo a que todos os pais-trabalhadores possam, então, acompanhar o crescimento do filho. Vejamos:

Durante o período mais próximo do nascimento, designadamente enquanto durar o período de aleitação, o direito à dispensa de prestar trabalho em horário organizado de acordo com o regime de adaptabilidade, de banco de horas ou de horário

²²⁴ A este respeito remete-se para o ponto a) do presente capítulo.

concentrado, aplica-se a qualquer um dos progenitores – isto é, não só à trabalhadora – quando a prestação de trabalho nesses regimes afete a regularidade da aleitação²²⁵. Por outro lado, enquanto a criança não completar um ano de idade, nenhum dos progenitores se encontra obrigado a prestar trabalho suplementar²²⁶.

i. Do regime de trabalho a tempo parcial

Já numa perspetiva temporalmente mais alargada, nomeadamente até o descendente com que partilhe habitação atingir os doze anos de idade ou, independentemente da idade quando portador de deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e de habitação, o trabalhador pode optar, ao abrigo do art. 55º do CT, pelo regime de trabalho a tempo parcial, por um período máximo de dois anos²²⁷. De notar que este direito pode ser exercido por um ou por ambos os progenitores – neste caso, apenas de forma sucessiva e nunca simultânea – e apenas depois de ter sido gozada a licença parental complementar, independentemente da modalidade.

No que toca à concretização desta forma de trabalho, o art. 150º do CT²²⁸ explicita que, por trabalho a tempo parcial entende-se *o que corresponda a um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável*.²²⁹ No caso concreto de trabalhador com responsabilidades familiares, a norma supletiva do nº3 do referenciado art. 55º dispõe que *o período normal de*

²²⁵ Cfr. art 58º, nº1 e nº2 do CT.

²²⁶ Cfr. art. 59º do CT.

²²⁷ No caso de o trabalhador ter três ou mais filhos, o período de trabalho a tempo parcial pode atingir um máximo de três anos; no caso de filho com deficiência ou doença crónica, o período aumenta para quatro anos.

²²⁸ Nos termos do nº3 “o trabalho a tempo parcial pode ser prestado apenas em alguns dias por semana, por mês ou por ano, devendo o número de dias de trabalho ser estabelecido por acordo”. Deste preceito retira-se a permissibilidade legislativa de trabalho a tempo parcial *vertical*, bem como trabalho a tempo parcial *horizontal*.

²²⁹ Nos termos do nº4, “As situações de trabalhador a tempo parcial e de trabalhador a tempo completo são comparáveis quando estes prestem idêntico trabalho no mesmo estabelecimento ou, não havendo neste trabalhador em situação comparável, noutro estabelecimento da mesma empresa com idêntica actividade, devendo ser levadas em conta a antiguidade e a qualificação”. Ressalva-se, ainda, o consagrado no nº5: “Se não existir trabalhador em situação comparável nos termos do número anterior, atende-se ao disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou na lei para trabalhador a tempo completo e com as mesmas antiguidade e qualificação”.

trabalho a tempo parcial corresponde a metade do praticado a tempo completo numa situação comparável e, conforme o pedido do trabalhador, é prestado diariamente, de manhã ou de tarde, ou em três dias por semana. De evidenciar que, durante o período em que o trabalhador se encontre no exercício deste direito, encontra-se impedido de exercer outra atividade incompatível com a finalidade pela qual requerer a prestação de trabalho a tempo parcial, sob pena de responsabilidade disciplinar.

Uma vez que a prestação efetiva de trabalho diminuí, quando o trabalhador decide usufruir do direito que lhe assiste de trabalho a tempo parcial, verifica-se, uma das escassas exceções ao princípio da irredutibilidade de salarial²³⁰. Nestes termos, em estrita proporcionalidade direta, a remuneração salarial diminuí em função da diminuição do período normal de trabalho.

Uma vez cessado o período temporal durante o qual foi concedida a prestação de trabalho a tempo parcial, ou a sua prorrogação, o trabalhador retoma a prestação de trabalho a tempo completo.

ii. Do regime de horário flexível

Por outro lado, o trabalhador com filho menor de doze anos (ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica que viva com o trabalhador em comunhão de mesa e habitação) pode optar por trabalhar em regime de horário flexível. Significa isto, conforme resulta do nº2 do art. 56º, que *o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e de termo do período normal de trabalho.* Este é um direito facultativo, concedido a qualquer trabalhador com um filho com idade inferior a doze anos ou, independentemente da idade, quando tenha alguma deficiência ou doença crónica. O direito a horário flexível pode ser exercido apenas por um ou por ambos os progenitores e caberá ao(s) empregador(es) a sua

²³⁰ O princípio da irredutibilidade salarial é legalmente consagrado enquanto garantia do trabalhador, encontrando-se plasmado na al. d) do nº1 do art.129 do CT. Não obstante, e como daí consta, pode ter lugar uma diminuição da retribuição nos casos previstos no mesmo instrumento legislativo ou em IRCT. De facto, quando um trabalhador a tempo completo passa a trabalhar a tempo parcial, ao abrigo do disposto no art. 155º e 154º, nº3, al. a) verifica-se uma das escassas exceções ao princípio *supra* referido, sendo legítima a redução da retribuição.

elaboração, com a observância dos critérios previstos no nº3 do artigo referido²³¹. Em contexto de horário flexível, dispõe o nº4 que o trabalhador *pode efetuar até seis horas consecutivas de trabalho e até dez horas de trabalho em cada dia e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas*²³². Neste sentido, importa realçar que o trabalho em regime de horário flexível não significa uma redução de horário de trabalho, como acontece no caso de amamentação/ aleitação ou do trabalho a tempo parcial. Na verdade, o trabalhador encontra-se adstrito ao cumprimento do seu período normal de trabalho, apenas lhe é conferido uma certa maleabilidade na forma como o completa²³³.

Para que o trabalhador possa efetivar os direitos *supra* enunciados, de trabalho a tempo parcial ou de horário flexível, deve dirigir tal pedido, inicial ou de prorrogação, ao empregador, com uma antecedência mínima de 30 dias, prévia ao início desejado. Esta solicitação terá que se encontrar munida com os elementos discriminados ao longo do nº1 do art. 57º do CT e apenas poderá ser recusada pelo empregador quando exigências imperiosas do funcionamento da empresa o justifiquem ou quando seja impossível substituir o trabalhador, caso este seja indispensável. Caso o empregador recuse a solicitação do trabalhador, terá de comunicá-lo , por escrito e fundamentadamente, no prazo máximo de 20 dias após a receção do pedido, sob pena de este ser considerado aceite. Na eventualidade de discordância da decisão do empregador, pode o trabalhador apresentar uma apreciação, no prazo de cinco dias. Ao cabo desse prazo, tem o empregador um novo prazo de cinco dias para, obrigatoriamente, remeter o processo para a CITE, que se pronunciará no prazo de 30 dias. A falta de submissão do processo à apreciação desta entidade implica, ao abrigo

²³¹ Para que o trabalhador possa usufruir quer do horário flexível, quer de trabalho a tempo parcial, é necessário que o solicite ao empregador, por escrito, com uma antecedência de 30 dias. O empregador terá, desde a apresentação do pedido, o prazo de 20 dias para comunicar, também por escrito, a resposta ao trabalhador sob pena de, não o fazendo neste prazo, se considerar deferido o pedido do trabalhador. Todas as particularidades inerentes à efetivação destes direitos laborais encontram-se taxativamente consagradas no art. 57º do CT.

²³² Lembra-se que por *período normal de trabalho semanal* entende-se o número efetivo de horas de trabalho a que o trabalhador está adstrito a cumprir ao longo de uma semana, cfr. art. 198º do CT.

²³³ Neste sentido, Parecer Nº 1/CITE/2019. Disponível em http://cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2019/P01_19.pdf

do nº8 do art.57º do CT, a aceitação da pretensão do trabalhador nos precisos termos em que foi solicitada. Nos termos do nº6 do art.º. 57º do CT, caso a CITE não emita parecer no prazo estipulado, deve o mesmo considerar-se favorável à decisão do empregador²³⁴. Na hipótese de esse parecer ser desfavorável à intenção da entidade empregadora, só poderá esta recusar o pedido do trabalhador após uma decisão judicial que reconheça existir motivo justificativo para negar a pretensão do trabalhador²³⁵.

2.4. Do regime da adoção

No âmbito nacional, o instituto da adoção possui uma história conturbada. Apesar de antigo no nosso ordenamento jurídico, foi abolido pelo CC de 1867, apenas tendo sido novamente reconhecido já em 1966. Ainda assim, apenas em tempos mais recentes começa a sofrer alterações visíveis e a tornar-se um processo mais facilitado²³⁶.

Atualmente, não obstante a continuação de positivação do instituto no CC, a regulamentação e trâmites jurídicos relativos a processos de adoção é alvo de legislação própria, designadamente na Lei n.º 143/2015, de 08/09 (RJPA).

JORGE DUARTE PINHEIRO define adoção como “o vínculo constituído por sentença judicial, proferida no âmbito de um processo especialmente instaurado para o efeito, que, independentemente dos laços de sangue, cria direitos e deveres paternofiliais (em sentido lato) entre duas pessoas”²³⁷. Na verdade entendemos que uma adoção é um mecanismo legal que tem em vista, nos termos do art. 1986º do CC, que uma criança sem qualquer ligação genética com o(s) adotante(s) – o adotado – adquira a situação de filho do(s) mesmo(s) e se integre com os seus descendentes na família deste(s), com a correspondente extinção de relações familiares entre o adotado e os

²³⁴ Esta resposta legal não parece compadecer-se com a realidade, na medida em que estudos, referentes ao ano de 2016, revelam que a esmagadora maioria dos pareceres emitidos pela CITE foram favoráveis aos trabalhadores. Veja-se VERA LÚCIA RIBEIRO MACHADO in *Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego: Relatório de Estágio*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Junho 2017. Dissertação de Mestrado.pág.65

²³⁵ Nesta matéria, veja-se Ac. TRC de 31/03/2017, Proc. Nº 8186/16.6T8CBR.C1

²³⁶ Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pág. 140-141.

²³⁷ *Ob. cit.*, pág. 140.

seus ascendentes e colaterais naturais²³⁸. Trata-se de um processo que compreende várias fases, com o cúmulo no decretamento judicial da mesma.

O(s) adotante(s) ficam, nestes termos, adstritos às responsabilidades parentais do adotado como se de um filho biológico se tratasse. À semelhança do analisado na filiação biológica, também na adoção é importante a criação e a manutenção de uma relação entre o(s) adotante(s) e o adotado, o que terá, necessariamente, que se traduzir numa menor preocupação com a faceta profissional por parte do(s) adotante(s). A necessidade de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar num contexto adotivo, não deixou de ser considerada pelo legislador laboral, com as devidas diferenças resultantes das necessidades próprias adstritas a um processo de adoção. Vejamos:

Quando está em causa o nascimento de um filho, com ligação biológica aos trabalhadores, a legislação laboral consagra, como *supra* analisado, o direito a uma licença parental inicial. Por outro lado, quando um trabalhador pretende adotar, essa licença já não tem aplicação, encontrando-se consagrado um regime especial: a licença por adoção. Consagrada no art. 44º do CT, a licença por adoção aproveita a qualquer trabalhador que seja candidato a adotante de um menor de 15 anos e confere-lhe o direito a uma licença idêntica à referida nos nºs 1 a 3 do art. 40º. Tal significa que o trabalhador candidato a adotante tem ao seu dispor a possibilidade de gozar uma licença de cento e vinte ou cento e cinquenta dias, com um acréscimo de 30 dias por cada adoção para além da primeira, à semelhança de um casal de trabalhadores que se tornam pais por meios biológicos próprios²³⁹.

Não obstante, há diferenças a evidenciar. A primeira, meramente aparente, caiu por completo com a Lei n.º 90/2019/ de 04-09: a leitura do artigo em questão implicaria a impossibilidade de, desconsiderando a hipótese de adoções múltiplas, o(s) adotante(s)

²³⁸ Com a devida ressalva para o disposto na parte final do disposto no n.º 1 e para o consagrado no n.º 3 do mesmo artigo.

²³⁹ Nos termos do art. 17º do DL nº91/2009 e do art.15º do DL 89/2009, “o subsídio por adoção é concedido aos candidatos a adotantes nas situações de adoção de menor de 15 anos, impeditivas do exercício da atividade laboral, exceto se se tratar de adoção de filho do cônjuge do beneficiário ou da pessoa com quem o beneficiário viva em união de facto e corresponde, com as devidas adaptações, ao subsídio parental inicial e ao subsídio parental complementar”. No que toca ao montante do subsídio, dispõe o art. 34º do DL 91/2009 assim como a al. c) do nº4 do art. 23º do DL 89/2009, que o montante do subsídio por adoção é igual ao previsto para a licença parental inicial.

não gozarem da oportunidade de uma licença com a duração de cento e oitenta dias, à semelhança do que pode ter lugar com a licença parental inicial, por aplicação do nº3 do art.º 40º. Não obstante, GUILHERME GRAY explicava este erro evidenciando que “a Lei nº 120/2015, de 1 de setembro, alterou (e reenumerou) o artigo 40º, introduzindo-lhe um novo número 2 (sobre o gozo simultâneo da licença parental inicial), [pelo que] a remissão que é feita nesse artigo 44º para os número 1 ou 2 do artigo 40º deve entender-se, agora, como sendo feita para os números 1 e 3 do artigo 40º”²⁴⁰, dando lugar à possibilidade do gozo de cento e oitenta dias de licença. Esta questão foi solucionada com a implementação da Lei n.º 90/2019, na medida em que alterou a letra do nº1 do art. 44º do CT, para que se passe a ler “ em caso de adoção de menor de 15 anos, o candidato a adotante tem direito à licença referida nos n.os 1 a 3 do artigo 40.º”, assim como a do nº3 do mesmo artigo, para que se leia “ *havendo dois candidatos a adotantes, a licença deve ser gozada nos termos dos n.os 1 a 3 do artigo 40.º*”.

Uma outra dissemelhança, esta ainda real, reside na inexistência de períodos exclusivos de gozo de qualquer um dos adotantes, isto é, sendo dois adotantes, a licença é atribuída aos dois em conjunto, podendo ser partilhada entre eles, sem prejuízo do gozo simultâneo que podem adotar entre o 120º e o 150º dias. Significa isto que não existe uma licença parental exclusiva nem para a mãe nem para o pai, estando a totalidade do gozo da licença disponível a qualquer um dos candidatos a adotantes desde o primeiro dia²⁴¹.

Uma terceira diferença passa pelo regime aplicável em situações de morte ou incapacidade do candidato a adotante: em casos de adoção, o cônjuge sobrevivente do candidato a adotante que não seja, ele próprio candidato a adotante mas com quem o adotando viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a gozar o remanescente

²⁴⁰ In *Código...*, cit., pág. 214.

Não obstante, não podemos deixar de comentar a estranheza que causa a falta de correção desta norma, após as várias alterações de que o CT já foi alvo após a referida alteração, em 2015.

²⁴¹ Nos termos do n.º 9 do art. 44º, *em caso de partilha do gozo da licença, os candidatos a adotantes informam os respetivos empregadores, com a antecedência de 10 dias ou, em caso de urgência comprovada, logo que possível, fazendo prova da confiança judicial ou administrativa do adotando e da idade deste, do início e termo dos períodos a gozar por cada um, entregando par o efeito declaração conjunta*. No caso da licença não ser partilhada, o candidato a adotante goza do mesmo prazo para informar o respetivo empregador da duração da licença e do início do respetivo período.

da licença que o falecido/incapacitado estivesse a gozar ou, no mínimo, a um período de quatorze dias.

As diferenças manifestam-se, ainda, quanto ao momento de início da licença, na medida em que, em casos de adoção, é a confiança judicial ou administrativa que marca o início do gozo da licença.

Até ao momento em que o adotado complete seis anos de idade, está ainda na possibilidade dos pais adotantes o gozo de uma licença parental complementar, a usufruir nos exatos termos determinados *a priori* para os pais biológicos. Do mesmo modo, todas as restantes licenças referidas anteriormente, designadamente a licença para assistência a filho e licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica, aplicam-se *ipsis verbis* nos casos de adoção, pelo que para essa secção se remete²⁴².

À semelhança do regime consagrado para os pais biológicos, também para o(s) adotante(s) acresce o direito, não só a licenças, como a dispensas e a faltas. A concretização destas, por contrário, adapta-se à situação concreta da adoção e, como tal, diferenciam-se das previstas no regime inerente ao nascimento. De facto, em caso de adoção, é concedido ao(s) candidato(s) a adotante(s) a possibilidade de, mediante a apresentação de justificação, beneficiarem de três dispensas do trabalho, para que possam deslocar-se aos serviços da segurança social ou receber os técnicos no seu domicílio (*Cfr.* art. 45º do CT).

A partir do momento em que a adoção se encontra finalizada, isto é, desde o momento em que a sentença que decreta a adoção se torne definitiva, a criança adotada

²⁴² Do mesmo modo, ao abrigo do n.º 3 do art. 65º do CT, a licença por adoção faz suspender o gozo de férias, devendo os dias remanescentes ser gozados após o seu termo, mesmo que tal se verifique no ano seguinte; não prejudica o tempo já decorrido de estágio ou ação ou curso de formação, devendo o trabalhador cumprir apenas o período em falta para o completar; adia a prestação de prova para progressão na carreira profissional, a qual deve ter lugar após o termo da licença. Ainda de destacar que, ao abrigo do n.º 4 do mesmo art., a licença por adoção suspende-se por doença do trabalhador – caso este informe o empregador e o comprove por atestado médico – prosseguindo logo após a cessação desse impedimento; não pode ser suspensa por conveniência do empregador; não prejudica o direito do trabalhador a aceder à informação periódica emitida pelo empregador para o conjunto dos trabalhadores; termina com a cessação da situação que originou a respetiva licença que deve ser comunicada ao empregador no prazo de cinco dias.

torna-se, para todos os efeitos legais, filha do(s) adotante(s)²⁴³. Neste sentido, entende-se que podem os trabalhadores-adotantes gozar de todas os direitos inerentes aos trabalhadores-pais biológicos, podendo utilizar todas as dispensas e ter justificadas as faltas já analisadas anteriormente, sem qualquer condicionante derivada da forma como se tornaram pais da criança. Concomitantemente, e ainda ao abrigo do disposto no art. 64º do CT, também a possibilidade de trabalho a tempo parcial e de horário flexível estão ao alcance dos trabalhadores que adotam uma criança, desde que verificados os requisitos restantes, como sendo a idade do filho²⁴⁴.

Uma ressalva no sentido de evidenciar que o regime acima identificado não tem aplicação no caso de adoção do filho do cônjuge ou de pessoa com quem viva em união de facto, nos termos do nº4 do art. 44º.

2.5. O regime para casais do mesmo sexo

Desde 2011, ano em que foi legitimado pelo ordenamento português o casamento de pessoas do mesmo sexo, muitas mais foram as questões que se levantaram quanto ao direito destes casais a constituir família. Excluindo a análise de quaisquer considerações constitucionais, vejamos o tratamento que o ordenamento nacional confere no que toca aos direitos laborais de casais do mesmo sexo.

Este é um assunto que levanta várias questões controversas, e, como tal, tem vindo a existir uma resistência muito significativa no que toca à regulamentação desta questão.

Destaca-se a iniciativa legislativa sob o Projeto de Lei n.º 740/XIII, referente à Proteção da parentalidade nas situações de adoção e de recurso à procriação medicamente assistida por casais de pessoas do mesmo sexo.

Influência do citado Projeto Lei, surgiu o Decreto n.º 329/XIII, promulgado e publicado como Lei n.º 90/2019, que introduz o seguinte aditamento ao CT:

²⁴³ De tal forma que, ao abrigo do disposto no art. 1987º do CC, depois de decretada a adoção deixa de ser possível estabelecer a filiação natural do adotado.

²⁴⁴ A indiscriminação entre a forma como se alcança a parentalidade, isto é, se através de métodos biológicos se por adoção, em nada interfere com os direitos a nível laboral – excetuando, claro está, os direitos referentes à condição biológica associada à gravidez e consequente parto. Neste sentido se tem pronunciado a CITE, nomeadamente através do Parecer Nº 126/CITE/2019. Disponível em http://cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2019/P126_19.pdf

« Artigo 33.º-A Referências:

1 – *Todas as referências feitas na presente subsecção à mãe e ao pai consideram-se efetuadas aos titulares do direito de parentalidade, salvo as que resultem da condição biológica daqueles.*

2 – *O titular do direito de parentalidade que se enquadre no disposto nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 36.º goza da licença parental exclusiva da mãe, gozando o outro titular do direito de parentalidade da licença exclusiva do pai.*

3 – *Às situações de adoção por casais do mesmo sexo aplica-se o disposto nos artigos 44.º e 64.º»*

Posto isto, a questão coloca-se, agora, no que diz respeito a um casal composto por duas mulheres, em que uma delas engravida, por recurso a técnicas de PMA. No que toca aos direitos de proteção de parentalidade do elemento do casal que se encontra grávida, a situação enquadra-se, sem mais, num regime estudado para um casal heterossexual.

A problemática surge quanto ao outro elemento do casal. Passa a solução pela adoção do filho do cônjuge, com a conseqüente falta de direito a licença? Não nos parece que seja essa a resposta adequada. Uma vez que a adoção por casais do mesmo sexo, com as mais recentes alterações legislativas, implica que ambos os membros do casal possam gozar dos direitos de proteção de parentalidade, não pode, na situação exposta, o regime ser distinto.

Nestes termos, salvo melhor opinião, quando num casal de mulheres, uma engravide, os direitos laborais de proteção de parentalidade serão, em tudo, idênticos aos analisados para um casal de trabalhadores heterossexuais que engravide por meios próprios, sendo a *licença parental exclusiva do pai* gozada pelo elemento feminino que não leve a cabo a gravidez.

CAPÍTULO IV — REGIME DA PARENTALIDADE NO QUADRO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Aqui chegados, ao cabo de toda a análise efetuada, cabe-nos concluir pelas possíveis soluções a ter lugar numa realidade em que seja legítimo e operacional o recurso à gestação de substituição.

Desde logo, as questões a ser aqui suscitadas prendem-se com a distribuição e/ou conciliação entre os regimes de licenças, dispensas e faltas entre a gestante e a mãe jurídica, seguindo as designações adotadas *a priori*.

1. A solução legislativa – Decreto Regulamentar nº 6/2017

No momento em que foi legitimado e regulado o recurso a contratos de gestação de substituição no ordenamento português, houve um cuidado legislativo com vários aspetos referentes a essa nova realidade. Esse cuidado materializou-se no Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31/07²⁴⁵, que destacava no seu preâmbulo, como principais objetivos, além da coerência legislativa necessária, “a importância de privilegiar a ligação da mãe genética com a criança, ao longo do processo de gestação de substituição, designadamente no âmbito da celebração e da execução do próprio contrato, circunscrevendo-se a relação da gestante de substituição com a criança nascida ao mínimo indispensável”.

Ao longo do seu escasso corpo normativo, o referido decreto regulamentar instituiu as cláusulas obrigatórias a observar para a formação de um contrato de gestação de substituição, criando um contrato-tipo a disponibilizar pela CNPMA, assim como instituiu o procedimento a observar para a obtenção do pedido de autorização prévia ao CNPMA.

A preocupação regulamentar não parou por aí. Foi ao longo do art. 6º deste diploma estipulado o regime de proteção na parentalidade a observar nas situações de nascimento de uma criança através de um contrato de gestação de substituição.

²⁴⁵ Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/107785481>

No que concerne ao casal beneficiário do contrato, dispõe o n.º 1 que o parto da gestante de substituição é considerado como sendo daqueles para efeitos de licença parental, em todas as suas modalidades discriminadas no art. 39º do CT. Assim sendo, o regime de proteção de parentalidade que abrange o casal beneficiário é, em tudo, idêntico ao regime aplicável aos casais que se tornam pais por meios naturais próprios. Conclui-se, assim, que o recurso à gestação de substituição em nada afeta ou modifica os direitos dos trabalhadores-beneficiários, entendidos para todos os efeitos como pais do recém-nascido e, nesses mesmos termos, sujeitos dos exatos direitos concedidos a todos os outros trabalhadores- pais biológicos. Assim sendo, os beneficiários poderão usufruir de uma licença de cento e vinte ou cento e cinquenta dias consecutivos, cujo gozo podem partilhar após o parto, sem prejuízo dos direitos da mãe - que, na falta de norma expressa nesse sentido, também aqui se aplicam²⁴⁶.

Ganha dimensões mais problemáticas a possibilidade (ou não) de a mãe jurídica poder beneficiar do período de 30 dias antecipados de licença inicial. Seguindo a letra da lei, esta parece autorizar tal possibilidade, na medida em que não discrimina qualquer tipo de situação em relação aos trabalhadores que se tornam pais por recursos próprios. Não obstante, somos do entendimento que a lei deve ser interpretada de forma restrita, isto porque, salvo melhor opinião, a possibilidade de gozo de trinta dias antecipados de licença inicial, visa a proteção da grávida, numa fase em que essa condição lhe pode causar vários constrangimentos na atividade profissional. Uma vez que a mãe-beneficiária não sofrerá desses mesmos constrangimentos, não parece que fosse intenção legislativa que esta gozasse dessa prerrogativa.

²⁴⁶ A concessão de uma licença exclusiva de seis semanas à mãe beneficiária, nos exatos moldes em que é conferida a uma qualquer outra trabalhadora que tenha passado por um parto, suscita algumas questões, desde logo no que à sua finalidade diz respeito. Na verdade, e como aprofundado ao longo do Capítulo I, vê-se agora que a *ratio* subjacente à duração da licença exclusiva da mãe é mais propícia à criação de laços com o recém-nascido do que, propriamente, à recuperação física.

A positivação eventual de um período menor de licença exclusiva da mãe beneficiária num contexto de gestação de substituição, não consubstanciaria, salvo melhor opinião, uma violação do Princípio da igualdade de tratamento, na medida em que tal tratamento diferenciado seria justificável pela diferença de realidades. Ao não consagrar tal diferença, e equiparar na totalidade, a licença exclusiva da mãe em ambos os casos, apenas se pode depreender uma *ratio* legislativa iminentemente emotiva, de criação e fortalecimento de laços familiares em detrimento de uma intenção maioritariamente de recuperação.

O regime aplicável à gestante de substituição foi, também, abordado e legislado no decreto em escrutínio. Nesta matéria, trata o n.º 2 do art. 6º de esclarecer que o parto da gestante “beneficia de regime equivalente ao previsto para situação de interrupção de gravidez, no âmbito do regime de proteção de parentalidade”. Nestes termos, e em conjugação com o art. 38º do CT, a gestante de substituição, após passar pelo processo do parto, tem, enquanto trabalhadora, direito a licença com duração entre quatorze e trinta dias, devendo apresentar atestado médico com a indicação do período de licença²⁴⁷.

Como último ponto do art. 6º, surge o n.º 3, explicitando que, no que ao regime de faltas e dispensas diz respeito, este “é aplicável à gestante de substituição, e ao casal beneficiário, na qualidade de pais da criança”. A redação deste ponto deixa a desejar. De facto, salvo melhor opinião, deveria ter sido redigido de forma incisiva, de modo a que não pudesse ser interpretada de forma extensiva, que julgamos ter sido a intenção legislativa. Nestes termos, caso a norma se lesse “o regime das faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade é aplicável discriminadamente à gestante de substituição, e ao casal beneficiário, na qualidade de pais da criança, na medida das suas necessidades e subsunção legal às mesmas”, faria jus à real intenção, restringindo em larga medida a discricionariedade interpretativa.

Independentemente do léxico utilizado, ao abrigo deste regulamento entende-se que a gestante de substituição poderia gozar das dispensas previstas para as trabalhadoras grávidas e puérperas, na medida em que se enquadra nesse grupo, nomeadamente da dispensa para avaliação pré-natal (cfr. art. 46º do CT), da dispensa de prestação de trabalho em horário de trabalho organizado de acordo com regime de adaptabilidade, de banco de horas ou de horário concentrado (cfr. art. 58º do CT) e da proteção conferida pelo art. 62º do CT.

Por outro lado, todas as restantes faltas e dispensas analisadas no capítulo precedente pensadas para quem tem a seu cargo um filho, com as inerentes responsabilidades familiares dele decorrentes, seriam um direito ao dispor, apenas, do casal- beneficiário e não da gestante de substituição.

²⁴⁷ Na senda da nota *supra*, em conjugação com o nº2 do art.6º do Decreto regulamentar nº nº6/2017, caso a licença exclusiva da mãe visasse apenas a recuperação física da trabalhadora, conclui-se que teria apenas uma duração entre quatorze a trinta dias.

2. Estudo de soluções alternativas

2.1. Em caso de legalidade dos contratos de gestação de substituição

Em sede de aplicação das soluções atualmente previstas a uma realidade de contratos de substituição, colocam-se várias possibilidades diretas, com base em análises lógico-formais. É de evidenciar que o CT se encontra programado para legislar aquele que é o paradigma comum atual. Nesta medida, e de acordo com o panorama legal do contrato de gestação de substituição, a legislação laboral parece englobar apenas as situações em que a mãe biológica e a mãe jurídica se protagonizam na mesma pessoa, com a devida ressalva para o regime da adoção.

Por conseguinte, importa reforçar que o estudo levado a cabo consubstancia uma extrapolação daquilo que poderão vir a ser várias opções num contexto de legitimação dos contratos de gestação de substituição e, concomitantemente, as considerações que se seguem, são equacionadas num contexto real do mundo laboral, isto é, foram pensadas para situações em que todas as partes do contrato de gestação de substituição são, também, partes em relações laborais *per se*.

Seguindo o que se afigura ser a *ratio legis* subjacente à criação das normas do regime da parentalidade, não parece adequar-se uma solução em que as licenças aplicáveis à trabalhadora grávida possam ser igualmente fruídas pela mãe jurídica²⁴⁸. Atento a realidade naturalística envolta a um contrato de gestação de substituição, independentemente de quaisquer anotações jurídicas pertinentes e de todos as demais problemáticas que se podem levantar, não suscita qualquer dúvida ou discussão que

²⁴⁸ Neste sentido ver CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág. 400. Na obra citada pode ler-se: “Estamos pues ante dos supuestos de hecho en los que el nacido se incorpora a la unidad familiar: maternidad con o sin parto, siendo en este último caso inconcebible que se pueda llevar a cabo una acción protectora similar, ya que los progenitores de intención no están en la misma situación de hecho que la madre biológica, la cual ha gestado y dado a luz al hijo, con el desgates que ello conlleva para su salud. Es decidir, la finalidad y objetivo de la acción protectora no puede ser el mismo en uno y otro caso ya que no partimos de presupuestos iguales si nos atenemos a la diferencia entre parto por la propia madre y no parto por el progenitor legal, sino que la sido otra mujer subrogada en un contrato de gestación por sustitución.”.

apenas a trabalhadora grávida pode, efetivamente, estar em situação de risco clínico durante a gravidez ou sofrer uma interrupção da mesma. Por conseguinte, entendemos que apenas as trabalhadoras grávidas devem ser objeto da aplicação de tal regime de dispensas²⁴⁹. Nestes termos, a licença por uma situação de risco clínico durante a gravidez nunca poderá ser gozada pela mãe jurídica, mas sim, e apenas, pela gestante.

Já a análise referente ao gozo de licença por interrupção voluntária da gravidez não será tão clara assim. Vejamos: dúvidas não soçobram que, caso a gestante sofra uma interrupção da gravidez, terá direito ao gozo da licença, como qualquer outra trabalhadora que se encontre na mesma situação. A questão coloca-se quanto à mãe jurídica. Apesar de a situação biológica da interrupção não acontecer fisicamente à mãe jurídica, no seu próprio corpo, também não será correto afirmar que esta situação não a afeta de forma alguma, na medida em que, a partir do momento em que existe um contrato de gestação de substituição e a gestante é inseminada, a mãe jurídica ganha, no mínimo, uma expectativa legítima de que virá a ser mãe e acompanha todo o crescimento do que virá a ser o seu filho. Assim sendo, e sem prejuízo de qualquer consideração ética que possa ter lugar, importa incutir a uma perspetiva jurídica a questão.

Apesar de a lei ser omissa a este respeito, somos do entendimento de que, no que a esta matéria diz respeito, deve fazer-se operar a seguinte analogia: se atentarmos à situação dita comum, em que um casal engravida pelos seus próprios meios e a mulher sofre uma interrupção de gravidez, o direito à licença por esse acontecimento cabe apenas à mulher que aborta. Não existe um único mecanismo legal que atribua àquele que seria o pai, o direito a ausentar-se, justificadamente, do seu trabalho. Neste sentido, apenas podemos concluir que a *ratio* subjacente à concessão desta licença é recuperação física, e não psicológica, da mulher que carregava a criança. Neste seguimento, conclui-se que o direito a licença por interrupção da gravidez cabe apenas à gestante, não cabendo à mãe jurídica o direito a qualquer licença, dispensa ou falta.

²⁴⁹ No mesmo sentido DIANA COUTINHO, *ob. cit.*

2.2. Perante a não legitimação dos contratos de gestação de substituição

Apesar de proibidos no ordenamento português, à luz dos pronunciamentos do TC, a verdade é que existe a possibilidade de os casais recorrerem a países estrangeiros, onde a gestação de substituição é uma prática legalizada, para se tornarem pais. Uma das formas mais comuns de contorno à legalidade, o *turismo reprodutivo*²⁵⁰.

Perante a disparidade da legislação a nível mundial, no que a esta temática concerne, “é necessário analisar as consequências da atualidade que se gera, como resultado desta coexistência normativa”²⁵¹, isto é, com a realidade, cada vez mais comum, de casais²⁵² nacionais de um ordenamento que proíbe a gestação de substituição, recorrerem a um ordenamento jurídico estrangeiro em que esta prática é permitida.

Trata-se de uma situação em que é necessário proteger um estado real de necessidade²⁵³, em que não obstante a ilegalidade subjacente à forma como foi concebida, está em questão uma “criança, com nome próprio e apelidos, que nasceram sob a proteção de pessoas, para aquela, determinadas e plenamente identificadas: os seus pais. Atendendo a esta premissa, não há dúvidas que, pelo simples facto de terem nascido, estas crianças possuem direitos pessoais inerentes à sua qualidade seres humanos”²⁵⁴.

²⁵⁰ Apesar de ser o termo mais utilizado para classificar a situação, a Sociedade Europeia da Reprodução Humana e Embriologia mostrou-se reticente em utilizá-la, por considerar que diminui as razões pelas quais as pessoas recorrem a este género de técnicas. Sobre este assunto, LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 217 e 218.

²⁵¹ Cfr. LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 215 e ss.

²⁵² Ou de uma pessoa *per si*.

²⁵³ Segundo CAMILO VILLAJOS DE SILVA, *ob. cit.*, pág. 405, “Por ello, en la relación con la afirmación de que se trata de proteger un estado real de necesidad, encontramos que se aduce que el menor, nacido tras la gestación por sustitución, se encuentra en la unidad familiar de los progenitores comitentes, que son quienes le cuidan y prestan todo tipo de atenciones, existiendo por ello otra vez *de facto* un vínculo familiar que ha de ser protegido por la acción protectora de la Seguridad Social vía una prestación por maternidad». Mais em diante, já na pág. 412, o Autor reforça este ideia, entendendo que «la acción protectora no ha de suponer que se reconozca una realidad que entrará un contrato fraudulento (como clama cierta doctrina), sino más bien cubrir las necesidades que produce una contingencia determinada, como son en este caso, la incorporación de un recién nacido a la unidad familiar, con los cuidados y atenciones que necesita de sus progenitores subrogantes, así como un tiempo necesario para crear un vínculo entre padres e hijos desde la más tierna infancia”.

²⁵⁴ Cfr. LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 216 e ss.

A questão passa, então, por saber como responder a esta situação²⁵⁵.

i. A resposta do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

O TEDH²⁵⁶ enuncia, neste contexto, que “as vias disponíveis incluem o registo de uma certidão estrangeira, adoção ou procedimentos judiciais que não envolvam adoção”²⁵⁷. Na *advisory opinion* em análise, foram colocados, pelo *Court de Cassation*, dois quesitos ao TEDH. Em primeiro lugar, o tribunal francês questionou se, o direito à reserva ao respeito pela vida privada e familiar, protegido pelo art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de uma criança nascida através de gestação de substituição que necessita que o estabelecimento da filiação entre esta e o pai (no caso, biológico) seja reconhecida no país de origem, também implica que a lei do país de origem dos pais providencie a possibilidade de reconhecimento da filiação entre a criança e a mãe-beneficiária, que na certidão de nascimento estrangeira consta como mãe, nas situações em que esta não é a mãe biológica e em que a filiação referente ao pai já tenha sido reconhecida pela lei do país de origem.

É levantada uma segunda questão, caso a resposta à primeira seja afirmativa, isto é, caso se entenda que, ao abrigo do art. 8º da Convenção, perante a situação descrita, o país de origem tenha de providenciar um mecanismo de reconhecimento da filiação em relação à mãe-beneficiária que conste como mãe na certidão estrangeira. Essa segunda questão passa por saber se o direito da própria criança à reserva da vida privada,

²⁵⁵ O assunto atinge tamanha dimensão que já várias organizações supraestaduais demonstraram preocupação com o mesmo. Destaca-se a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) e o projeto que serviu de base a todo o trabalho desenvolvido por esta organização, redigido por Paul Beaumont e Katarina Trimmings, intitulado *Internacional Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level*. Sobre este assunto ver LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 221 e ss.

²⁵⁶ *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parental—child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Request nº P16-2018-001*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>

De notar que, nos termos do *Protocol N.º 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P16_ENG.pdf], as *advisory opinions* não são vinculativas e podem ser requeridas por tribunais superiores quanto a questões relacionadas com a interpretação ou aplicação dos direitos e liberdades definidos na Convenção ou em protocolos conexos.

²⁵⁷ No texto original pode ler-se: “the avenues available include registration of the foreign birth certificate, adoption or court proceedings not involving adoption”.

novamente ao abrigo do art. 8º da Convenção, implica que esse reconhecimento da filiação se manifeste através do registo da mãe beneficiária como mãe na certidão de nascimento, nos mesmos termos da certidão estrangeira, ou se, por outro lado, implica a legitimação de outros meios legais, como sendo a adoção pela mãe-beneficiária.

Em tom de pré-abordagem aos quesitos apresentados, o TEDH evidenciou que a sua jurisprudência no que concerne à interpretação do art. 8º da Convenção, se pronunciava no sentido de que a falta de um mecanismo, no país de origem, que providencie a possibilidade do estabelecimento da filiação entre a criança nascida através de uma gestação de substituição e o pai-beneficiário que tenha contribuído com o seu material genético – pai biológico – constitui uma violação dos direitos da criança²⁵⁸.

No que diz respeito ao estabelecimento da filiação por parte da mãe-beneficiária²⁵⁹, o TEDH começa por indicar que a falta de reconhecimento de maternidade é prejudicial para a criança e que a impossibilidade de obtenção do reconhecimento legal da filiação materna é incompatível com o superior interesse da criança. Postas estas considerações, foi entendimento do TEDH que o direito ao respeito pela vida privada e familiar da criança nascida através de uma gestação de substituição no estrangeiro, dentro do entendimento do art. 8º da Convenção, implica que a lei do país de origem providencia

²⁵⁸ *Mennesson v. France*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389>

A falta de tal reconhecimento conflituava com o direito à identidade das crianças nascidas, assim como tinha repercussões no que concerne aos seus direitos sucessórios. Neste sentido, dispunha o Acórdão identificado da seguinte forma: *“his analysis takes on a special dimension where, as in the present case, one of the intended parents is also the child’s biological parent. Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity (see, for example, Jäggi [v. Switzerland, no. 58757/00], § 37[, ECHR 2006-X]), it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition thereof. Not only was the relationship between the third and fourth applicants and their biological father not recognised when registration of the details of the birth certificates was requested, but formal recognition by means of a declaration of paternity or adoption or through the effect of de facto enjoyment of civil status would fall foul of the prohibition established by the Court of Cassation in its case-law in that regard ... The Court considers, having regard to the consequences of this serious restriction on the identity and right to respect for private life of the third and fourth applicants, that by thus preventing both the recognition and establishment under domestic law of their legal relationship with their biological father, the respondent State overstepped the permissible limits of its margin of appreciation. Having regard also to the importance to be given to the child’s interests when weighing up the competing interests at stake, the Court concludes that the right of the third and fourth applicants to respect for their private life was infringed.”*

²⁵⁹ Como *supra* evidenciado, a análise a ter lugar prende-se apenas com os casos em que o pai-beneficiário é também o pai biológico e tal filiação já se encontra estabelecida no país de origem.

a possibilidade de reconhecimento legal da relação com a mãe beneficiária, designada como mãe na certidão de nascimento estrangeira²⁶⁰.

Direcionadas as atenções para o segundo quesito colocado à apreciação do TEDH, enunciou o mesmo que o superior interesse da criança impõe que a situação de indefinição quanto à sua filiação seja da menor duração possível. Contudo, entendeu esta instância que tal não significa que os Estados sejam obrigados a optar pela transcrição integral de um registo estrangeiro. Neste seguimento, foi entendimento do TEDH que o meio pelo qual os Estados reconhecem a filiação entre a criança e os pais-beneficiários, fica à livre consideração e escolha dos mesmos. Concomitantemente entendeu que o art. 8º da Convenção não impõe uma obrigação aos Estados de reconhecer *ab initio* a filiação da criança em relação aos pais-beneficiários. Obriga sim, e no sentido de se cumprir o superior interesse da criança, a que exista no Estado de origem, uma forma de reconhecimento da filiação legalmente estabelecida no estrangeiro e que tal deve ter lugar, o mais tardar, até essa filiação com os pais-beneficiários se tornar uma *realidade prática*, sendo que também a concretização deste conceito é deixada na margem discricionária de apreciação dos Estados. Nestes termos, conclui que os Estados têm que conseguir garantir que a filiação seja legalmente estabelecida apesar de a forma como o fazem ficar no seu âmbito discricionário, pelo que, não querendo e não podendo ser forçados a registar os detalhes de uma certidão estrangeira, dependendo das circunstâncias do caso, podem os Estados optar por outros meios para efetivar legalmente a realidade, como sendo, a adoção.

ii. O caso de Espanha

A fronteira com Portugal, a situação sobre a qual nos debruçamos foi já alvo de atenção e análise.

²⁶⁰ No considerando 47. O TEDH tece uma consideração no sentido de evidenciar que a necessidade de um meio que legitime o estabelecimento da filiação é ainda mais imperativo nas situações em que a mãe-beneficiária é também a mãe biológica da criança, isto é, contribuiu com o seu material genético para a gravidez da gestante.

Á semelhança do ordenamento nacional²⁶¹, também a legislação espanhola proíbe veementemente a celebração de contratos de gestação de substituição²⁶². Perante esta proibição, muitos nacionais espanhóis recorrem a ordenamentos estrangeiros que permitem o recurso a esta técnica, situação esta que nos leva, então, ao cerne da questão: a inscrição no registo civil espanhol da criança nascida no estrangeiro através de uma gestação de substituição²⁶³.

Perante a emergente realidade que se fazia notar, a *Dirección General de los Registros y del Notariado* emitiu, em 8 de fevereiro de 2009, uma resolução para uniformizar a resposta dada a nível nacional aos pedidos de inscrição no registo de certidões de nascimento estrangeiras, nomeadamente nos casos de gestação de substituição²⁶⁴. Apesar de a indicada resolução ter sido inviabilizada por decisão judicial do *Juzgado de Primera Instância*, acabou por, pouco tempo depois, dar lugar à *Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010*, ainda hoje em vigor.

²⁶¹ Ainda que com as assinaláveis diferenças de percurso legislativo ocorrido em Portugal nesta matéria, percurso marcado pelos *avanços* e pelos *recuos* já analisados *supra* Capítulo I, ponto 3.2.

²⁶² LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *ob. cit.*, pág. 219: No caso de Espanha, como vimos, a legislação tem um âmbito de aplicação bastante amplo e permissivo. Praticamente todas as técnicas reprodutivas são admitidas, com a exceção da gestação de substituição e da possibilidade de seleccionar o sexo da criança”. No texto original pode ler-se: “En el caso de España, tal y como hemos visto, se cuenta con una legislación muy amplia y permisiva. Admite casi todas las técnicas reproductivas, a excepción de la gestación por sustitución y la posibilidad de selección del sexo del bebé”.

²⁶³ Neste sentido, MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 25, afirma que “o verdadeiro problema que se coloca no nosso país prende-se com a inscrição no registo e com o reconhecimento da filiação, determinados de acordo com a legislação estrangeira que permite a gestação de substituição e que reconhece efeitos jurídicos à renúncia à filiação feita pela mãe gestante a favor do sujeito ou sujeitos comitentes”.

²⁶⁴ Na base da Resolução indicada esteve um pedido feito por um casal homossexual, constituído por dois homens, que se deslocaram ao Estado da Califórnia para a celebração de um contrato de gestação de substituição. Regressados a Espanha, requereram, então, que a criança fosse registada como filho de ambos, alegando, para tal, a conformidade com a ordem pública espanhola, a igualdade entre filhos adotados, a igualdade entre mulheres e homens, a proteção do superior interesse da criança e o seu direito a uma identidade única internacionalmente válida. Neste sentido, MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 26, afirma que “los solicitantes, una pareja de varones ciudadanos españoles solicitan la inscripción en el Registro Civil de dos nacimientos, mellizos, acaecidos en California, aportando certificación registral extranjera. Asimismo solicitan se determine a su favor la filiación, alegando el ajuste al orden público internacional español, la igualdad entre hijos adoptados, la igualdad de sexo entre mujeres y hombres, la protección del interés superior de los menores y su derecho a una identidad única válida universalmente”.

Para a análise da resposta dada pelo ordenamento espanhol, é necessário distinguir o modo como o pedido de registo é realizado. Se se tratar de uma inscrição de nascimento por declaração, cabe ao conservador um controlo de legalidade, devendo este, para tal, aplicar as normas de conflito previstas na lei espanhola²⁶⁵. Por outro lado, caso se trate de um pedido de registo de nascimento mediante a apresentação de certidão estrangeira onde exista menção à filiação (a favor dos pais beneficiários), o panorama já se afigura distinto. Perante esta situação, dispõe o texto referido que deve ter lugar a aplicação das normas espanholas previstas para a certificação de registos estrangeiros, conforme resulta das normas do Código do Registo Civil espanhol²⁶⁶. Nestes casos, “o legislador não exige que a solução dada à questão jurídica que consta da certidão de registo estrangeira seja igual ou idêntica à solução que oferecem as normas espanholas. De facto, o art. 81º do Regulamento do Registo Civil acolhe outra perspectiva diametralmente oposta: as certidões estrangeiras devem superar, naturalmente, um «controlo de legalidade», mas esse controlo de legalidade não consiste em exigir que a autoridade estrangeira tenha resolvido o caso de modo idêntico ao que resolveria uma autoridade espanhola²⁶⁷. Impõe-se, pela *Instrucción de la*

²⁶⁵ MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 26 e 27, afirma que “en el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma. Para ello, el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (art. 12.6 del Código Civil). Es decidir, en estos supuestos surge una cuestión de «Derecho aplicable» a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas”.

²⁶⁶ Neste sentido MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 27: “en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho substantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una «decisión» adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una «decisión extranjera» en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro”.

²⁶⁷ Cfr. MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO. Consultar *ob. cit.*, pág. 28, para texto original.

Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, que sejam satisfeitas as exigências legais para aceder ao Registo Civil espanhol, designadamente e como requisito essencial, que seja entregue ao conservador do registo civil a sentença judicial do Tribunal estrangeiro onde foi determinada a filiação da criança a favor do(s) beneficiário(s) - conformando essas exigências o controlo de legalidade necessário²⁶⁸. Assim sendo, um casal espanhol que recorra a um país estrangeiro para uma gestação de substituição, conseguirá registar a criança no Registo Civil espanhol mediante a apresentação da decisão judicial emanada pelo Tribunal competente²⁶⁹. Esta exigência visa controlar os requisitos de perfeição negocial, de legalidade do contrato em causa no país onde foi formalizado e que foram assegurados os direitos da gestante, como sendo a validade do consentimento prestado, assim como a garantia que não há um uso subversivo desta possibilidade como forma de mascarar situações de tráfico de crianças²⁷⁰. Com o estabelecimento desta solução, adotada pela *Instrucción de 5 de octubre de 2010*, fica protegido o interesse do menor e facilitada a continuidade transfronteiriça da relação de filiação declarada pelo Tribunal estrangeiro. Tal apenas não acontecerá, caso as autoridades espanholas competentes para o efeito não aceitem o registo da filiação, sendo que tal pode acontecer quando seja solicitado o registo de nascimento, no estrangeiro e por ação de uma gestação de substituição, sem que se apresente um documento comprovativo de determinação da filiação²⁷¹. De notar que o ordenamento espanhol insere nesta última opção e, como tal, não reconhece a filiação e não procede ao competente registo, as situações em que apenas é apresentada uma

²⁶⁸ Ainda sobre este assunto, MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 34, afirma que “la admisión de inscripción y reconocimiento de filiación, en estos casos, queda justificada por: (...) (b) nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 de Reglamento del Registro Civil: el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro español no exige que éstas sean decisiones «idénticas» a las que se adoptarían en España sino documentos públicos adoptados por (1) una autoridad «competente», (2) que desempeñe «funciones equivalentes» a las de autoridades registrales españolas (en este caso particular, constatación de nacimiento y filiación del nacido) y (3) que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español”.

²⁶⁹ Diretrizes estabelecidas pelo *Reglamento y 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de junio de la Dirección General*, no exercício das competências atribuídas pelo art. 9º da Lei do Registo Civil espanhola.

²⁷⁰ Sobre este assunto, MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 37 e ss.

²⁷¹ Neste sentido, e para mais sobre o assunto, MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 39.

certidão de registo estrangeira ou uma simples declaração, mesmo que acompanhada de declaração médica atinente ao nascimento em que não conste a identidade da gestante²⁷².

Em face do exposto, e nas palavras de LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY²⁷³, “constata-se que, na maioria dos casos em que foram celebrados contratos de gestação de substituição por cidadãos espanhóis fora de fronteiras, quando se trata de casais heterossexuais, as crianças foram registadas no Registo Civil sem grandes dificuldades”²⁷⁴.

A repercussão da aceitação deste paradigma no ordenamento espanhol foi mais adiante. Segundo MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, “mesmo que a lei civil prescreva a nulidade dos contratos de gestação de substituição, não elimina a situação de necessidade que surge pelo nascimento de uma criança e pela sua inserção num determinado núcleo familiar; tal situação deve ser analisada desde a perspetiva das

²⁷² Neste sentido, MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 40.

²⁷³ *Ob. cit.*, pág. 217. No texto original pode ler-se: “está constatado que en la mayoría de los casos en los que se han celebrado contratos de maternidad subrogada por parte de ciudadanos españoles fuera de nuestras fronteras, cuando se trata de parejas heterossexuales, los niños han sido inscritos en nuestro Registro Civil sin grandes dificultades aparentes. De igual forma, así ha sucedido ante supuestos en los que los comitentes han sido sujetos individuales que han acudido a la gestación por sustitución en solitario (...) hay que indicar que cuando la situación verdaderamente se complica es ante casos en que los contratantes son parejas de homosexuales de varones”. A Autora retoma posteriormente esta ideia, explicando que a dificuldade acrescida para casais homossexuais constituídos por dois homens advém da impossibilidade física e morfológica subjacente, por ser por demais evidente que nenhum dos elementos do casal poderia levar a cabo uma gestação e parir uma criança, sendo por demais evidente que seria sempre necessária a intervenção de um ventre sub-rogado como forma de atingirem o objetivo de ser pais. (*ob. cit.*, pág. 220).

²⁷⁴ Por entender que um contrato de gestação de substituição não é uma forma legítima de criar um vínculo de filiação, designadamente nos casos em que as decisões judiciais estrangeiras não têm carácter de sentença mas meramente de despacho, LUIS I. ARECHEDERA ARANZADI (*ob. cit.*, pág. 147) entende que o ordenamento espanhol não deveria aceitar e proceder ao registo da filiação nestas situações. Apesar de ser da opinião que uma sentença estrangeira que determine uma qualquer filiação pode ser eficaz em Espanha, por neste caso estar em causa, na opinião do Autor, um mero despacho - por ser equiparado a um processo carente de controvérsia na medida em que o Juiz do país onde foi celebrado o contrato se limita a transcrever o conteúdo do contrato de gestação de substituição e por não ter, nesses termos, uma apreciação discricionária – equiparável a um ato próprio em jurisdição voluntária, não concorda com a resposta que foi dada através da *Instrucción de 5 de octubre de 2010*, referindo-se a esta como “patética”. Como principal argumento, o Autor evidencia que, para que uma filiação constituída no estrangeiro através de um processo de adoção seja reconhecido em Espanha, o processo é mais exigente, tendo que existir e ser reconhecida a competência da autoridade estrangeira; controlo da lei estatal aplicada; equivalência de efeitos entre a adoção estrangeiras e a adoção regulada em Espanha; para certos adotantes, ser exigível um certificado de idoneidade espanhol; consentimento da entidade pública correspondente em caso de adoção de um espanhol; uma escritura pública e, apenas como último passo, a inscrição no registo espanhol. Sobre este assunto, *ob. cit.*, págs. 142 a 147.

prestações da Segurança Social”. Sobre este assunto, a Autora afirma que, apesar de a atual legislação da Segurança Social não contemplar expressamente o modo de atuação nestas circunstâncias, deve ser feita uma interpretação flexível, da qual resulte o favorecimento dos objetivos constitucionais de proteção do menor, tendo em vista a verdadeira integração da criança no núcleo familiar e, como tal, deve ser concedido aos beneficiários, não só o direito à licença parental, como também o subsídio correspondente²⁷⁵.

iii. Possíveis respostas nacionais

O que significaria se Portugal seguisse uma destas possibilidades?

Em primeiro lugar, colocar-se-iam questões no que concerne à punibilidade dos pais-beneficiários. No que a esta questão diz respeito, enuncia-se a resposta dada pelo ordenamento francês no caso *Mennesson v. France*, em que nada houve a apontar aos pais-beneficiários na medida em que, tendo o procedimento sido levado a cabo num país em que a prática é legal, não poderia o ordenamento de origem puni-los penalmente²⁷⁶.

Num segundo momento, importa determinar o modo pelo qual, no ordenamento português se poderia estabelecer a filiação entre os beneficiários e a criança, na medida em que, dependendo da forma como tal se desenrole, também os direitos de parentalidade atribuídos serão distintos.

Na hipótese de os beneficiários se verem forçados a recorrer à adoção, a ser concedida, os efeitos relativos à proteção da parentalidade seriam os já referidos no capítulo precedente, conferidos a qualquer outro casal adotante.

Mas o que sucederia caso a parentalidade estabelecida no estrangeiro, no país no qual a criança viesse a nascer e onde a gestação de substituição fosse uma prática legítima, fosse igualmente reconhecida em Portugal? Neste caso, os pais-beneficiários apenas poderiam gozar dos direitos de parentalidade caso o registo de nascimento estrangeiro fosse transcrito e registado em Portugal? Ou teriam acesso ao gozo desses

²⁷⁵ Para a redação original, e sobre o assunto, MARIA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, pág. 49.

²⁷⁶ Neste sentido, *Mennesson v. France*: “the investigating judge gave a ruling of no case to answer on the ground that the acts had been committed on US territory, where they were not classified as an offence, and therefore did not constitute a punishable offence”.

direitos independentemente da transcrição do registo de nascimento em Portugal? A questão que aqui se impõe passa pela análise do momento em que são adquiridos os direitos de parentalidade: se são (in)dissociáveis do registo da certidão de nascimento – isto é, da reconhecimento oficial da filiação por parte do Estado Português – ou se, por outro lado, os direitos de parentalidade são adquiridos com a mera situação de facto que passa a existir quando os pais-beneficiários regressam a Portugal com a criança nascida através de uma gestação de substituição.

Haverá abertura nacional para essa possibilidade de transcrição do registo? Vejamos: nos países onde a gestação de substituição é legal, a declaração de que a filiação deve ser estabelecida em relação aos pais-beneficiários é, na grande maioria dos casos analisados, emitida por um tribunal. Apesar de o nascimento ser registado nos serviços administrativos com competência para tal, as certidões de nascimento têm por base, nestas situações, uma sentença judicial. Nestes termos, a questão fundamental que se colocaria, relacionar-se-ia com a efetividade de decisões judiciais internacionais no ordenamento português^{277 278}.

²⁷⁷ A questão pode ser colocada, apenas numa perspectiva de registo, em que os pais-beneficiários, tentam diretamente a transcrição da certidão de nascimento estrangeira. Nos termos do art. 1º Código do Registo Civil, estão sujeitos a registo obrigatório, entre os demais, o nascimento e a adoção, quando respeitantes a cidadãos portugueses, onde quer que residam ou, quando ocorram em território português, a cidadãos estrangeiros. O registo de nascimento de indivíduos que tenham direito à nacionalidade portuguesa pode, de facto, ser feito por transcrição. Não obstante, atendendo à letra do art. 6º do Código do Registo Civil, importa clarificar que os atos de registo lavrados no estrangeiro pelas entidades estrangeiras competentes – como será o caso de um registo de nascimento no estrangeiro – podem ingressar no registo civil nacional, em face dos documentos que o comprovem, de acordo com a respetiva lei e mediante a prova de que não contrariam os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português. Nestes termos, conclui-se que a problemática que aqui surge é, em tudo, idêntica que será analisada. *Por outro lado importa analisar se nascimento está sujeito a registo em Portugal, isto é, se a criança que nascer de gestação de substituição no estrangeiro, pode ter nacionalidade portuguesa. Apenas poderemos considerar que sim se subsumirmos a situação da gestação de substituição ao art. 1º, nº1, al. c) da Lei da nacionalidade e, como tal, entendermos que o pai-beneficiário é também o pai biológico.*

²⁷⁸ Neste sentido, veja-se *Case of Mennesson v. France*, decisão judicial que concluiu pela anulação do registo efetuado em França de uma certidão de nascimento americana, de uma lá criança nascida através de uma gestação de substituição. Foi entendimento do Court of Appeal que “the birth certificates were drawn up on the basis of the Supreme Court of California’s judgment of 14 July 2000 which declared [the first applicant] the genetic father and [the second applicant] the legal mother of any child to which [the surrogate mother] gave birth between 15 August and 15 December 2000. The civil-status documents are therefore indissociable from the decision underlying them and the effectiveness of that decision remains conditional on its international lawfulness. Recognition, on national territory, of a decision delivered by a court of a State that is not bound to France by any convention is subject to three conditions: the indirect jurisdiction of the foreign court based on the connection between the court and the case; compliance of the merits and procedure with international public policy; and absence of circumvention of the law. It has been

Neste contexto, a regra geral consagrada no art. 978º do CPC, dispõe que *nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada*. Para que tal tenha lugar a confirmação da sentença em território nacional é necessário a verificação cumulativa dos requisitos impostos ao longo do art. 980º do CPC, entre os quais se encontra a necessidade de que a sentença estrangeira não contenha uma decisão *cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português*.

É precisamente neste requisito que a confirmação da sentença estrangeira pode ser barrada porquanto implicaria o reconhecimento e aceitação judicial de uma realidade que é ilegal no ordenamento português. Por conseguinte, a filiação não será reconhecida. Neste caso, a única forma possível de reconhecer uma ligação entre este e a criança passaria pela adoção, com a aplicação consequente do seu regime. Restando apenas esta opção, parece-nos que estamos na iminência de uma contradição dentro do próprio ordenamento jurídico na medida em que a adoção prevê que não exista qualquer ligação genética entre as partes, o que não será o caso. Apesar de a atual

established in the present case that following a surrogacy agreement [the surrogate mother] gave birth to twins who were conceived from the gametes of [the first applicant] and of a third party and were relinquished to [the first and second applicants]. Under Article 16-7 of the Civil Code, whose provisions deriving from Law no. 94-653 of 29 July 1994, and not amended by Law no. 2004-800 of 6 August 2004, are a matter of public policy by virtue of Article 16-9 of the same Code, any agreement concerning reproductive or gestational surrogacy is null and void. Accordingly, the judgment of the Californian Supreme Court, which indirectly validated a surrogacy agreement, contravenes the French concept of international public policy. Consequently, without having to ascertain whether the law has been circumvented, the entries in the French central register of births, marriages and deaths of the particulars of the US birth certificates naming [the second applicant] as the mother of the children must be annulled and the present judgment recorded in the margin of the invalidated birth certificates.” Esta decisão foi apoiada pelo *Court of Cassation, que entendeu* “the refusal to register the particulars of a birth certificate drawn up in execution of a foreign court decision, based on the incompatibility of that decision with French international public policy, is justified where that decision contains provisions which conflict with essential principles of French law. According to the current position under domestic law, it is contrary to the principle of inalienability of civil status – a fundamental principle of French law – to give effect, in terms of the legal parent-child relationship, to a surrogacy agreement, which, while it may be lawful in another country, is null and void”.

O Ac. do TC n.º 225/2018 evidencia a decisão tomada pelo TEDH no caso enunciado e , além deste, no caso *Labasse c. França*, de 21 de julho de 2016 e no caso *Foulon c. França* e *Bouvet c. França*. Como decorre do Ac., em todos estes casos “as crianças encontravam-se numa situação de indefinição jurídica devido à recusa de transcrição do registo. [...] Por conseguinte, o Tribunal concluiu que as decisões dos Tribunais franceses de recusa de transcrição excediam largamente a margem de apreciação do Estado francês na ponderação dos interesses em conflito, verificando-se uma violação do direito ao respeito da vida privada das crianças”.

realidade e as recomendações da UE indicarem que deve existir um mecanismo legal que reconheça tal relação sob pena de violação do art. 8º da Convenção dos Direitos Humanos, e como tal esta poder parecer a solução a ter lugar, somos da opinião que esse entendimento viola claramente os requisitos estabelecidos para a adoção.

O entendimento do TEDH nesta questão²⁷⁹ determina que, sem prejuízo da necessidade dos Estados de travar os seus nacionais de recorrerem a métodos de reprodução assistida que são aí proibidos, os efeitos da falta de reconhecimento da relação entre os beneficiários e a criança não se refletem apenas nos pais que, conscientemente, o decidiram fazer. Repercutem-se, também, nas próprias crianças, cujo direito ao respeito pela vida privada e familiar – que implica que todos possam estabelecer a substância da sua identidade, incluindo a sua filiação – é profundamente afetado.

Encontramo-nos, assim, perante a colisão de dois pilares constitucionais no ordenamento português: por um lado, a coerência, segurança e certeza jurídica do próprio ordenamento e, por outro, o direito à identidade pessoal e à reserva da vida familiar da criança.

A resposta, salvo melhor opinião, implica várias etapas.

Entendemos, em primeiro lugar, que deve ter lugar uma interpretação analógica do regime da adoção. Se os direitos de parentalidade do adotante só são atribuídos com o reconhecimento estadual da adoção, também apenas com o reconhecimento da filiação no ordenamento de origem, podem os direitos de parentalidade ser atribuídos aos pais beneficiários. Assim sendo, apenas perante a aceitação dos serviços do Registo Civil português da transposição da certidão estrangeira ou perante a confirmação da sentença estrangeira, em que os pais-beneficiários, constam, para todos os efeitos legais, como pais do recém-nascido, pode, a estes, caber todos os direitos anteriormente descritos para os pais biológicos que têm a criança por meios próprios.

²⁷⁹ Case of *Mennesson v. France*. Considerando 99.

Tal significa que, em respeito pela segurança e certeza jurídica, enquanto não for reconhecida a filiação pelo ordenamento português, não nascem, na esfera dos pais-beneficiários os direitos de proteção na parentalidade.

A mera situação de facto, apesar de eventualmente relevante para a possibilidade de registo *per si*, conforme resulta da jurisprudência europeia²⁸⁰, não pode implicar automaticamente a atribuição dos direitos de parentalidade aos beneficiários. A assim ser estaríamos, não perante uma falta de proteção destes cidadãos e da criança – como num primeiro momento se poderia assumir – mas sim perante uma contradição legislativa de enormes consequências para o ordenamento português: em ultima ração, estaria o país de origem a atribuir proteção, automática e perentoriamente, a cidadãos que recorrem a um país estrangeiro para, de forma clara e explícita, efetivar uma prática proibida no país de origem. Por conseguinte, numa perspetiva de segurança e coerência jurídica, nunca poderão os direitos de parentalidade ser livremente atribuídos a trabalhadores portugueses que recorrem a contratos de gestação de substituição em ordenamentos estrangeiros que os permitam, sem que consigam o registo da criança em Portugal, no qual constem como pais.

Não obstante, não pode ser descurado direito da criança à identidade pessoal, consagrado no art. 26º da CRP.

Mas como está esta realidade a ser, efetivamente tratada²⁸¹? Atentemos numa situação em que um casal heterossexual recorre a gestação de substituição no estrangeiro por impossibilidade de conceção por parte da beneficiária. Atualmente, os serviços do Registo Civil Português formalizam estas situações através do denominado *registo atributivo de nacionalidade*. Para que tal tenha lugar, é necessário que o casal

²⁸⁰ *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parental—child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Request nº P16-2018-001.* Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>

²⁸¹ Apesar de não estarem divulgadas as estatísticas no que concerne a registos, através de consulta presencial nos serviços do Registo Civil, conseguimos aferir que esta já é uma realidade. Em 2016, 2 casais portugueses recorreram à gestação de substituição no estrangeiro, tendo conseguido registar a criança nos temos a seguir identificados. Em 2017 foram verificados 8 casos e em 2018 foram verificados 13 casos. Estes dados apenas comprovam a necessidade de debate sobre este assunto e sobre todas as implicações em que se manifesta numa perspetiva prática.

beneficiário presente: a certidão de nascimento da criança, do país onde a mesma nasceu; certidão de nascimento dos membros do casal; um comprovativo médico que ateste a situação clínica de infertilidade do elemento feminino do casal e, por último, uma certidão que comprove a compatibilidade genética com o pai – elemento masculino do casal beneficiário que contribuiu com o seu material genético²⁸². Reunidos os elementos elencados, o registo é efetuado. No entanto, não é isento de particularidades²⁸³. De facto, o registo é realizado mas apenas com o reconhecimento da filiação paterna, não sendo reconhecida a mãe-beneficiária como mãe da criança, por não existir uma relação genética entre estes. Significa isto que, no que concerne à filiação materna, o registo de nascimento da criança permanece omissos²⁸⁴.

O princípio subjacente à situação *supra* descrita é aplicado pelo Registo Civil Português a casais homossexuais: será reconhecido o progenitor(a) que partilha material genético com a criança e este constará do registo como pai ou mãe, sendo que ao elemento do casal que não tiver contribuído geneticamente para o nascimento da

²⁸² Os critérios referidos foram extraídos do Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado Nº 44/CC/2018, de 23/03/2018. Atente-se no facto de este parecer ter sido redigido num período de tempo em que a gestação de substituição era ainda uma prática legal em Portugal e, como tal, encontravam-se estabelecidos requisitos para o acesso à mesma. Perante o retrocesso que tomou lugar com a decisão de inconstitucionalidade e mesmo perante os critérios de acesso estipulados na vigência da lei, não parece fazer sentido ser exigível um comprovativo da impossibilidade da mulher em conceber, na medida em que essa questão havia já ficado ultrapassada.

²⁸³ Nos casos em que a mãe-beneficiária, apesar de não poder levar a cabo uma gravidez, fornece o seu material genético para a concretização da gestação de substituição, a par do pai-beneficiário, esta questão não se põe. Isto porque, como bem se pode adivinhar, a criança nascida será geneticamente filha do casal e partilhará correspondência genética com ambos, sendo mais fácil o registo como tal nos serviços portugueses.

²⁸⁴ Segundo informação apurada junto dos serviços do Registo Civil, o registo fica omissos porque é valorizada a cláusula do contrato de gestação de substituição na qual consta que a gestante não será considerada como mãe e, como tal, abdica de qualquer responsabilidade parental que lhe pudesse ser imputável. Ora, salvo melhor opinião, este é um regime desprovido de lógica. Atentemos: se o ordenamento português se baseia na sentença estrangeira que “homologa” o contrato de gestação para afastar a filiação materna em relação à gestante, qual o critério aplicável para não reconhecer as restantes cláusulas contratuais, igualmente “homologadas”, nomeadamente a cláusula onde consta que deverá ser estabelecida a filiação em relação à mãe-beneficiária?

Uma outra questão urge ser colocada: caso na certidão de nascimento elaborada no estrangeiro (com base na sentença judicial que reconheceu os pais-beneficiários como pais da criança nascida através de gestação de substituição) não exista qualquer menção à forma como a criança foi concebida, figurando simplesmente os pais-beneficiários como efetivos pais da criança - sem a mínima referência à gestante de substituição ou que foi utilizada uma gestante de substituição o nascimento da criança – os serviços do Registo Civil procederão ao registo atributivo de nacionalidade da criança em termos “normais”, isto é, sem qualquer exigência dos documentos identificados? E caso assim seja, não será esta situação uma violação clara e flagrante do princípio da igualdade de tratamento, constitucionalmente previsto? Salvo melhor opinião, parece-nos que a resposta será afirmativa em ambos os casos.

criança, para que possa ser reconhecida uma relação de filiação com aquela, outra solução não terá senão adotar o (legalmente reconhecido) filho do cônjuge.

Neste contexto, o registo da perfilhação implica que o pai (no caso) poderá gozar, automaticamente, de todos os direitos de parentalidade que ao seu alcance, sem qualquer reserva decorrente das circunstâncias do nascimento.

Por outro lado, no que diz respeito ao reconhecimento, pela ordem jurídica portuguesa, da relação entre a criança e a mãe-beneficiária, apenas resta, como acima referido, uma opção. Vejamos: a possibilidade de uma ação judicial para estabelecimento da maternidade caiu por terra na medida em que, nos termos do art. 1796º do CC, o elemento que estabelece a maternidade é o parto e não a ligação genética. Significa isto que, mesmo que a mãe-beneficiária tenha contribuído com o seu material genético para o nascimento da criança, nunca poderá esse fator determinar a filiação.

Por conseguinte, para que o ordenamento português aceite a mãe-beneficiária, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer de gestação de substituição, aquela terá de passar por um processo de adoção daquele que, à altura, será (considerado) filho do seu marido ou unido de facto.

Perante esta situação, como são distribuídas as licenças relativas à proteção da parentalidade? Nesta situação poder-se-á verificar a *estranheza* de o pai poder gozar dos direitos conferidos a qualquer outro pai, enquanto que a mãe-beneficiária pode não ter direito a qualquer tipo de licença na medida em que esta situação cairá no âmbito do art. 44º, nº4 do CT, concluindo-se pela inexistência do direito a licença por adoção, na medida em que se trata de uma adoção de filho de cônjuge ou de pessoa com quem vive em união de facto.

Perante a factualidade exposta, somos da opinião que deveria ser consagrado um regime específico para estas situações, na medida em que a aplicação analógica do nº 4 do art. 44º do CT não acautela, de forma alguma, a proteção conferida a casais que se encontram numa mesma situação de facto. Com a aplicação analógica do referido artigo e a consequente não concessão de qualquer período de licença à mãe beneficiário, incorre-se numa violação flagrante do direito da igualdade, consagrado no art. 13º da CRP. Concretizando, com a aplicação dos mecanismos referidos, um casal que se

encontre na mesma situação de facto – isto é, de um ponto de vista prático e real, com um recém-nascido a seu cargo – os direitos de parentalidade atribuídos aqueles são evidentemente distintos, podendo a mãe biológica gozar da totalidade da licença de maternidade, sem qualquer restrição enquanto à mãe-beneficiária (que, na prática, experiencia a mesma vivência quotidiana que a mãe biológica, reforça-se) não é concedido qualquer período de licença.

Na eventualidade de o pai-beneficiário não ter contribuído com o seu material genético para a gestação de substituição²⁸⁵, salvo melhor opinião, ao casal-beneficiário,

²⁸⁵ Neste sentido ver decisão do TEDH no *case Paradiso and Campanelli v. Italia*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>. No caso estaria em causa um casal italiano que celebrou um contrato oneroso de gestação de substituição na Rússia, onde a criança veio a nascer e onde foi lavrada a certidão de nascimento. Quando o casal beneficiário requereu a transcrição da certidão de nascimento em Itália, ficou provado que a criança não partilhava material genético com nenhum dos membros do casal beneficiário, motivo pelo qual, face à proibição da celebração de contratos de gestação de substituição em Itália, foi a criança retirada ao casal. Esta situação foi primeiramente analisada pelo TEDH em 27 de janeiro de 2015 – que considerou que a decisão das autoridades italianas de recusa de reconhecimento da certidão de nascimento emitida pelas autoridades russas foi legítima mas não manteve a decisão de retirar a criança de casa dos beneficiários, tomada pelas autoridades italianas, por considerar que tal decisão não se compadecia com o superior interesse da criança - análise essa posteriormente reanalisada e revertida pela Câmara de Apelação, em 24 de Janeiro de 2017. Como se pode ler no Ac. do TC nº 225/2018, no que toca à jurisprudência europeia referida, “o Tribunal entendeu que não tinha existido verdadeiramente vida familiar entre os beneficiários e a criança, devido à curta duração de vida em comum [...] e à inexistência de uma ligação genética entre os mesmos, pelo que o direito ao respeito da vida familiar não seria aplicável *in casu*. Os juízes consideraram, porém, que o direito ao respeito da vida privada seria aplicável ao caso, na sua vertente de direito ao respeito da decisão de os *pais intencionais* assumirem responsabilidades parentais e ao desejo de se desenvolverem por essa via, atenta a sua intenção genuína de serem pais e a existência de laços afetivos. [...] O Tribunal [acabou por considerar] que as autoridades italianas haviam procedido a uma ponderação adequada dos interesses em conflito, e que os interesses públicos deveriam ser tidos como prevaletentes neste caso, a fim de evitar a consolidação no ordenamento jurídico de uma situação criada intencionalmente pelos beneficiários da gestação de substituição em incumprimento de normas importantes do direito italiano. Deste modo, o TEDH concluiu que os tribunais italianos, ao verificarem que a criança não sofreria danos graves ou irreparáveis em consequência da separação, não tinham extravasado da margem de apreciação estadual consentida, pelo que não ocorreria uma violação do artigo 8º da CEDH”.

Para mais sobre este assunto, LUIS I. ARECHEDERRA ARANZADI, *ob. cit.*, pág. 272 e ss. Refere este autor, a págs. 283 da obra citada, que o reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro mediante recurso a gestação de substituição começa a ser visto de uma nova forma no ordenamento italiano. Cita um trecho do Tribunal da Relação de Trento, *ordenanza 23 de febrero de 2017*, no qual pode ler-se que “a indubitável constatação de que, conforme o direito vigente, não está admitido o recurso a gestação de substituição (...) não é, todavia, razão suficiente para os seus efeitos no nosso ordenamento à disposição (...) que reconheceu a relação de filiação entre (...) e os menores nascidos através de gestação de substituição (...) excluir que dita disposição tenha efeito implica afirmar que a legislação italiana (...) é expressão de princípios fundamentais e obrigações constitucionais, não modificáveis por obra do legislador, em relação ao interesse dos menores à conservação do *status filiationis* conseguido legitimamente (...) A falta de um vínculo genético entre os menores e o pai não biológico não constitui um obstáculo ao reconhecimento da filiação determinada por um juiz estrangeiro, devendo exclui-se que o nosso ordenamento responda a um modelo de filiação exclusivamente fundado sobre o vínculo biológico entre o progenitor e o nascido; pelo contrário, deve ter-se em conta a importância

resta apenas a possibilidade de adoção da criança que vier a nascer, para que esta possa adquirir, para todos os efeitos legais, a situação de filho do casal.

Com a adoção desta solução, a criança seria reconhecida, para todos os efeitos legais, como filha dos beneficiários – apesar de na qualidade de adotada – através de um mecanismo legal no ordenamento nacional. Aliado a esta situação, na esfera jurídica dos pais-beneficiários/ adotantes – quer do pai quer da mãe -, surgiram todos os direitos de parentalidade associados a uma situação de adoção.

adquirida a nível normativo do conceito de responsabilidade procriativa que se manifesta na consabida decisão de criar e cuidar o nascido”.

CONCLUSÕES

O principal objetivo da presente dissertação prendeu-se com a análise de um possível regime de atribuição de direitos de parentalidade perante uma situação de gestação de substituição, em que todas as partes desse contrato são, também, partes de uma relação laboral.

Da análise dos regimes nacional, internacionais e de várias diretivas e decisões de instituições supra nacionais, como a União Europeia e a OIT, foram alcançadas as conclusões que se seguem.

Desde logo, o ordenamento jurídico português consagra um regime de proteção na parentalidade que ultrapassa largamente os mínimos estipulados pela UE. Quer no que diz respeito à licença de maternidade, ao consagrar um período de licença obrigatória muito mais alargado do que o mínimo previsto pela UE. Quer no que toca à licença de paternidade ao ter já consagrado um período de gozo obrigatório pelo pai, que a UE ainda, até ao momento, não instituiu de facto.

Da análise do regime regulamentar criado aquando da legalização dos contratos de gestação de substituição no ordenamento jurídico português, verifica-se que a *ratio* subjacente à duração de licença exclusiva da mãe tem, a título principal, uma intenção de criação de laços com o recém nascido. Caso assim não fosse, e a licença exclusiva da mãe visasse apenas a recuperação física da trabalhadora, a sua duração teria uma duração de apenas quatorze a trinta dias - período estipulado para a gestante. Este raciocínio é afetado quando comparado com o regime previsto para a adoção.

O Tribunal Constitucional nunca se opôs especificamente à possibilidade de legalização dos contratos de gestação de substituição no ordenamento português. A decisão de inconstitucionalidade versou, apenas, sobre a forma como se encontrava regulamentada e como seria novamente de implementar a regulação dos contratos de substituição, o que acabou por se traduzir na impossibilidade legal de celebração destes contratos no ordenamento nacional.

No âmbito de um novo paradigma em que seja legítimo o recurso a contratos de gestação de substituição, a regulamentação no que diz respeito aos direitos de proteção da parentalidade deve, na nossa opinião, ser revista e aprofundada em relação ao disposto no art. 6º do Decreto-Regulamentar nº6/2017. Neste sentido, deve tomar lugar a concretização quanto à existência ou não de uma licença exclusiva da mãe-beneficiária e se esta tem lugar nos exatos termos em que teria caso a mãe-beneficiária tivesse, ela própria, passado pelo parto. Uma vez que a mãe-beneficiária não revela a necessidade de uma recuperação física, mas apenas de ligação emocional com a criança, deve a licença atribuída ser igual, em duração, à de uma trabalhadora que necessite, também, de tempo para a recuperação física? Relembramos que, no regime previsto para a adoção, em que também não se verifica a necessidade de recuperação física mas apenas de ligação emocional com a criança, não tem nem a adotante nem o adotante direito a uma licença exclusiva, podendo a licença parental inicial ser repartida, desde o primeiro dia por qualquer um dos dois.

Já no que diz respeito às situações, já com tradução real, em que um casal português recorre à gestação de substituição no estrangeiro e regressa ao seu país de origem com a criança, a resposta dada pelo ordenamento português é parca. Nestas situações podemos estar perante 3 respostas distintas de um mesmo ordenamento para uma situação de facto idêntica: numa primeira hipótese, conseguindo o casal-beneficiário ver reconhecida a filiação a favor de ambos, entendemos que o registo tem um efeito idêntico ao nascimento, fazendo nascer na esfera jurídica dos pais-beneficiários os direitos de parentalidade concedidos a um casal que consegue conceber naturalmente. Nestes termos, a situação será em tudo idêntica à posição de um qualquer outro casal que não recorra a gestação de substituição.

Numa segunda hipótese, sendo apenas registada em ordenamento nacional a filiação a favor de um dos elementos casal, entende-se que apenas esse elemento verá nascer na sua esfera jurídica os direitos de parentalidade decorrentes de uma filiação dita natural, na medida em que, para todos os efeitos legais, apenas a esse elemento é atribuída a parentalidade da criança. Ao beneficiário que não é geneticamente

relacionado com a criança, para que veja estabelecido um vínculo de filiação com a criança, resta-lhe apenas a opção de a adotar sendo que, como estamos perante a adoção de filho de cônjuge, este elemento do casal beneficiário não terá direito à licença de parentalidade atribuída por adoção.

A terceira hipótese, verificada quando nenhum dos elementos do casal beneficiário contribuiu com o seu material genético para a conceção da criança, implica que a filiação entre a criança e o casal beneficiário, validamente determinada no estrangeiro, não seja reconhecida em Portugal, motivo pelo qual não é atribuído qualquer direito de parentalidade a esse casal. A estes, para que conseguiam estabelecer um vínculo familiar legalmente reconhecido, restar-lhes-á a opção de adotarem a criança que, além fronteiras, é já considerada filha do casal.

Ultrapassada a questão relativa aos meios pelos quais deve ser reconhecida a relação entre a criança e os pais-beneficiários:

Relativamente à distribuição dos direitos de proteção de parentalidade entre a gestante e os pais-beneficiários, no que concerne ao gozo da restante licença parental inicial, dúvidas não soçobram que o gozo desta é um direito dos pais-beneficiários e não da gestante da substituição.

Do mesmo modo, todos os direitos que se relacionem com a titularidade das responsabilidades parentais da criança nascida por gestação de substituição cabem aos pais-beneficiários e não à gestante de substituição. Neste âmbito incluímos a licença parental complementar, a licença para assistência a filho, a licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica, a dispensa para aleitação e a falta para assistência a filho.

No que diz respeito às normas relativas ao tempo de trabalho, são aplicáveis aos pais-beneficiários, porquanto são estes os titulares das responsabilidades parentais, os regimes previstos no art. 54º do CT – redução do tempo de trabalho para assistência a filho menor com deficiência ou doença crónica – no art. 55º do CT – trabalho a tempo

parcial de trabalhador com responsabilidades familiares – e no art. 56º - horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares. Também a dispensa de prestação de trabalho suplementar pode ser gozada pelos beneficiários, mas apenas após o nascimento da criança e até que esta não perfaça 12 meses. Do mesmo modo, todas o regime de faltas e de dispensas às quais esteja subjacente uma situação de responsabilidades familiares, devem ser atribuídas aos pais-beneficiários e não à gestante.

O direito ao gozo dos restantes regimes especiais de trabalho, no que toca à proteção da parentalidade, como sendo a dispensa de prestação de trabalho suplementar, durante o período em que durar a gravidez. No que toca à dispensa de prestação de trabalho no período noturno, teria de ser instituído um regime específico, para que pudesse ser protegida a trabalhadora grávida, durante o período em que durar a gravidez, e a mãe-beneficiária, no período em que durar, não a amamentação, mas a aleitação. O gozo do regime de faltas e de dispensas aplicáveis a trabalhadoras grávidas e puérperas cabe apenas à gestante e não aos pais-beneficiários, como sendo a dispensa para consulta pré-natal, a licença em caso de interrupção de gravidez e a licença em situação de risco clínico durante a gravidez.

Em nota final, conclui-se que uma legalização dos contratos de gestação de substituição trará um novo desafio ao Direito do Trabalho, nomeadamente no que concerne à distribuição dos direitos de proteção de parentalidade, que devem ser revistos e claramente consignados em relação a cada sujeito. Não obstante, ainda que tal legalização não surja, não pode ser ignorado que os efeitos dos contratos de gestação de substituição são sentidos em território nacional e urge regular a forma como esta nova realidade deve ser encarada.

Bibliografia

AAVV – *Código do Trabalho Anotado*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

AAVV – *Colóquio Internacional: Que futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, Maria João Antunes e Margarida Silvestre (coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Junho de 2018.

AAVV – *Mujer Sujeto u Objeto de Derechos Reproductivos: Derechos de los menores y Maternidad por sustitución*, Leonor Suárez Llanos (coord.), Tirant to Blanch, Valencia, 2019.

AAVV – *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.ª ed. revisada y puesta al día, Ignacio García-Perrote Escartín, Adriano Gómez Garcá-Bernal e Antonio V.Sempere Navarro (coord.), Francis Lefebvre, Espanha, 2019.

ALGHRANI, Amel/ GRIFFITHS, Danielle – «The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform», *Child and Family Law Quarterly*, 2017, nº 2, Vol. 29 [Em linha] Disponível em http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/68402/4/2017_02_CFLQ_165_Griffiths.pdf

ALVES, Mafalda Teixeira – *O Princípio da Verdade Biológica e a Procriação Medicamente Assistida*, Faculdade de Direito Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2018. Dissertação de Mestrado. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26516/1/O%20Princ%20da%20Verdade%20Biol%C3%B3gica%20e%20a%20Procria%C3%A7%C3%A3o%20Medicamente%20Assistida.pdf>

AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis I. – *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira – «A Lei nº 32/06, sobre procriação medicamente assistida», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, ano 67, Vol. III, pág. 977 a 1006 [Em linha]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>

BRUNET, Laurence [et. al] – *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies,

Policy Department C: Citizens's Rights and Constitutional Affairs, 2013 [Em linha]. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)

CABO, Ana Isabel – «Maternidade de Substituição», *Boletim da Ordem dos Advogados*, Março de 2012, n.º 88.

CANAS, Vitalino – *Introdução às Decisões de Provimento Constitucional: Os Seus Efeitos em Particular*, Lisboa, 1994.

CARDOSO, A. Lopes – «Procriação humana assistida: alguns aspetos jurídicos», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1991, pág. 5 a 27 [Em linha]. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bc904a1ec-4298-4da9-8596-d2e80493481b%7D.pdf>

CARDOSO, Salvador Massano - Conferência *As Leis Da IVG E Da PMA - Uma Apreciação Bioética*, Ciclo De Conferências CNECV, Porto, 2011

CARVALHO, Catarina de Oliveira – «A organização e a remuneração dos tempos de trabalho: em especial o banco de horas» in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015.

– «Efeitos das Licenças, faltas e dispensas, em matéria de proteção da maternidade e da paternidade no acréscimo do período de férias», *Questões Laborais*, 2006, Ano XIII, Nº 28.

CICLO DE CONFERÊNCIAS CNECV – *As Leis Da Interrupção Voluntária Da Gravidez (Ivg) E Da Procriação Medicamente Assistida (Pma) : Uma Apreciação Bioética*, Porto, 2011.

CORREIA, Eufrásia Georgina Neto – *Mater Semper Certa Est? A Maternidade de Substituição no Ordenamento Jurídico Português*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015. Dissertação de Mestrado. [Em linha]. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/82448>

COUTINHO, Diana Sofia Araújo – « As repercussões da gestação de substituição no direito do trabalho: um caso de discriminação? » in *UNIO/CONPEDI E-book 2017 Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas*, Alessandra Silveira, Sophie Perez Fernandes e Sérgio Maia Tavares Marques (coord.), vol.1, Centro de Estudos em Direito da União Europeia Escola de Direito da Universidade do Minho, Março de 2018, pp. 111-144.

CUNHA, Vanessa/ ATALAIA, Susana/ WALL, Karin – *Homens e Licenças Parentais: Quadro Legal, Atitudes e Práticas*, Policy Brief II, 2016 [Em linha]. Disponível em http://cite.gov.pt/asstscite/images/papelhomens/P_Brief_II.pdf

DEPARTMENT OF HEALTH AND CARE – *The Surrogacy Pathway: Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, 2018. [Em linha]. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/684275/surrogacy-guidance-for-intended-parents-and-surrogates.pdf

DEPARTMENT OF HEALTH AND CARE – *Care in Surrogacy: Guidance for the care of surrogates and intended parents in surrogate births in England and Wales*. 2018 [Em linha]. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/684259/surrogacy-guidance-for-healthcare-professionals.pdf

DÍAZ ROMERO, María del Rosario – *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

DUARTE, Patrícia Alexandra Gonçalves da Silva – *Reprodução Medicamente Assistida e Direito Penal: Beneficiários, sanções e as perspectivas de futuro face ao contexto global*, Departamento de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, 2014. Dissertação de Mestrado. [Em linha]. Disponível em <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/5889/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20DE%20MESTRADO%20-%20REPRODU%C3%87%C3%83O%20MEDICAMENTE%20ASSISTIDA%20E%20DIREITO%20PENAL.pdf?sequence=1>

DUARTE, Tiago – *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, Coimbra, 2003.

FALCÃO, David / TOMÁS, Sérgio Tenreiro – *Lições de Direito do Trabalho: A relação individual de trabalho*. 5.ª ed. revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2018.

FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra 2017.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura – *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

FERREIRA, Susana Pardilhó – *A Alteração do quantum retributivo em confronto com o princípio da irredutibilidade: um estudo em torno de casos concretos*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015. Dissertação de Mestrado [Em linha].

Disponível em
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18665/1/A%20altera%C3%A7%C3%A3o%20do%20quantum%20retributivo%20em%20confronto%20com%20o%20princ%C3%AD.pdf>

FIGO, Tiago – *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: o conceito de pessoal revisitado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

FINKELSTEIN, Alex [et.al] – *Surrogacy Law and Policy in the U.S: A National Conversation Informed by Global Lawmaking*, Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic, Maio de 2016. [Em linha] Disponível em https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf

GONÇALVES, Luísa Andias – «A Licença Por Maternidade e a Suspensão do Contrato de Trabalho» in *Série Miscelâneas do IDET*, nº 4, Almedina, Coimbra, 2006.

GRAY, GUILHERME – *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015.

HORSEY, Kisty / NEIFYTOU, Katia – *The fertility treatment tome forgot: What should be done about surrogacy in the UK?*, 2015 [Em linha] [Disponível em <https://kar.kent.ac.uk/45752/1/Pages%20from%20HORSEY%20Proof%201.pdf>

HORSEY, Kisty / SHELDON, Sally – «Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy», *Medical Law Review*, winter 2012, Vol. 20, Issue 1[Em linha]. Disponível em <https://academic.oup.com/medlaw/article/20/1/67/932814/>

LAMBELHO, Ana / GONÇALVES, Luísa Andias – *Manual de Direito de Trabalho: Da teoria à prática*. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

LANÇA, Hugo Cunha - *Procriação Medicamente Assistida*, [S.l], Verbo Jurídico, 2016. [Em linha]. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/novosramos/hugocunhalanca_procriacaomedicamenteasstida.pdf

LAW COMMISSION & SCOTTISH LAW COMMISSION – *Building families through surrogacy: a new law- A joint consultation paper*. Junho de 2019. [Em linha]. Disponível em <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2019/06/Surrogacy-consultation-paper.pdf>

LOPES, Joaquim de Seabra – *Direito dos Registo e do Notariado*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018.

LOUGHLIN, Paula / GERLIS, Stephen – *Civil Procedure*, 2nd edition, Cavendish publishing, 2004.

MACHADO, Vera Lúcia Ribeiro – *Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego: Relatório de Estágio*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Junho 2017. Dissertação de Mestrado. [Em linha]. Disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/47282/1/Machado_2018.pdf

MARECOS, Diogo Vaz – *Código do Trabalho Comentado*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

MARIANO, João Cura – «O Direito da Família na jurisprudência do Tribunal Constitucional português», *Julgar*, nº 21, 2013, pág. 27 a 45 [Em linha] Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/02-Cura-Mariano-Direito-Fam%C3%ADlia-na-Jurisprud%C3%A4ncia-do-TC.pdf>

MARTINHO DA SILVA, Paula / COSTA, Marta – *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MEDEIROS, RUI – *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.

MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2014.

MOREIRA, Teresa Coelho – *Igualdade e Não Discriminação: estudos de direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013.

OLIVEIRA, Guilherme de – *Estabelecimento da Filiação, Notas aos artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra 2003.

– *Mãe Há Só Uma/Duas! O Contrato de gestação*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

– «O Estabelecimento da Filiação: Mudança Recente e Perspetivas», *Separata do Vol. LXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1985.

PEREIRA, Maria Margarida Silva – «Uma gestão inconstitucional : o desencaminho da Lei da Gestação de Substituição», *Julgar Online*, 2017 [Em linha]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gesta%C3%A7%C3%A3o-de-Substitui%C3%A7%C3%A3o-Maria-Margarida-Silva-Pereira.pdf>

– *Direito da Família*, 2.^a ed revista e actualizada, AAFDL Editora, Lisboa, 2018.

PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.^a ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2018.

– *Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. [Em linha]. Disponível em <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/38889/1/Perspectivas%20de%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20da%20Fam%C3%ADlia%20em%20Portugal.pdf>

PINHEIRO, Luís de Lima – «O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade paternal», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, Ano 66, Vol. II. [Em linha]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/luis-de-lima-pinheiro-o-reconhecimento-de-decisoes-estrangeiras-em-materia-matrimonial-e-de-responsabilidade-paternal/>

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Estudos do Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2003.

– *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II - Situações Laborais Individuais*, 6.^o ed, Almedina, Coimbra, 2016

RAPOSO, Vera Lúcia – *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas Pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

– «Quando a Cegonha Chega por Contrato», *Boletim da Ordem dos Advogados*, Março de 2012, n.º88, pág. 26 e 27.

– «Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)», *Revista do Ministério Público*, janeiro-março de 2017, n.º 149, pp. 9 a 51.

REIS, Rafael Vale E – «Gestação de substituição: a arte de procrastinar?», Público online, Agosto de 2019 [Em linha]. Disponível em <https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao-arte-procrastinar-1884682>

RIBEIRO, Jorge Martins – *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido Contra a Sua Vontade: a igualdade na decisão de procriar*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

SILVA, Susana – *Procriação Medicamente Assistida, Práticas e Desafios*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2014.

TORELLA, E. Csracciolo di / FOUBERT, Petra – «Maternity Rights for Intended Mothers? Surrogacy Puts the EU Legal Framework to the Test», *European Gender Equality Law Review* Nº 2/2014, European Comission, 2015, pág. 5 a 11.

VAN BELLE, J. – *Paternity and Parental Leave Policies across the European Union*, RAND Corporation, Santa Monica and Cambridge, 2016 [Em linha]. Disponível em https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR1600/RR1666/RAND_RR1666.pdf

VAN-DÚNEM, Omaidá Patrícia da Cruz – *Maternidade de Substituição: Solução e/ou Problema? Para uma abordagem no âmbito do Direito da Família*, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2018. Dissertação de Mestrado [Em linha]. Disponível em <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3983/1/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20de%20Mestrado%201%20%28Omaidá.pdf>

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo [et.al] – *Manual de Direito do Trabalho*, 3.ª ed. Revista e Atualizada, Rei dos Livros, 2018.

Legislação:

Adoption and Children Act 2002. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>

California Family Code. Disponível em http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217

Children and Families Act 2014. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/section/125>

DECRETO N.º 329/XIII. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c755a47566a636d563062334d7657456c4a5353396b5a574d7a4d6a6b7457456c4a5353356b62324d3d&fich=dec329-XIII.doc&Inline=true>

DL 89/2009. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34548075/view?q=decreto+lei+n%C2%BA%2089%2F2009>

DL 91/2009, de 09 de Abril de 2009. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/70157403/view?q=decreto+lei+n%C2%BA%2091%2F2009>

Employment Act 2002. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/22/section/3>

Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponível em https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

Lei cipriota da Reprodução Médica Assistida de 2015 (69 (I)/2015). Disponível em http://www.cylaw.org/nomoi/enop/ind/2015_1_69/section-sc8630a12e-2e76-4a60-b806-6fec00db5b7b.html

Lei cipriota de Proteção da Maternidade. Disponível em http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/1997_1_100/full.html

Lei Constitucional Nº 1/97, de 20 de Setembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=11&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

Lei n.º 4/84 de 5 de Abril, Proteção da Maternidade e da Paternidade. Disponível em https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75088200/201906271520/diploma?did=75126734&LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice&q=Lei+n.%C2%BA%204%2F84

Lei nº 133/2015, de 07 de Setembro de 2015. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/70196960/details/normal?q=Lei+133%2F2015>

Lei nº 143/2015, de 8 de Setembro, Regime Jurídico do Processo de Adoção. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2423&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009.

Disponível em <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009>

Surrogacy Arrangements Act 1985. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>

The Employment Rights Act 1996 (Application of Sections 75A, 75B, 75G, 75H, 80A and 80B to Parental Order Cases) Regulations 2014. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/3095/schedule/2/made>

The Maternity and Parental Leave etc. (Amendment) Regulations 2014. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2014/9780111121559/contents>

The Shared Parental Leave Regulations 2014. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2014/9780111118856/contents>

Uniform Parentage Act. Disponível em <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=ce291d6c-41bd-7205-eae9-66a77c8b60dc&forceDialog=0>

Jurisprudência:

Ac. Tribunal Constitucional nº 225/18, de 24 de Abril de 2018. Proc. nº 95/17. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

Ac. Tribunal Constitucional nº 465/19, de 18 de Setembro de 2019. Proc. nº 829/19. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html>

Ac. Tribunal Constitucional nº 101/2009, de 03 de Abril de 2009. Proc. nº 963/06. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>

Ac. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) Proc. nº C-167/12, de 18 de Março de 2018. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149387&doclang=PT>

Ac. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande secção), Proc. nº C-363/12, de 18 de Março de 2014. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149388&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10660894>

Ac. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (quinta secção) - *Case Mennesson v. France. Application no. 65192/11*, de 26 de Junho de 2014. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389>

Ac. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Grand chamber) – *Case Paradiso and Campanelli v. Italia. Application no. 25358/12*, de 24 de Janeiro de 2017. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>

Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parental—child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Request nº P16-2018-001, de 10 de Abril de 2019. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>