

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO PORTUGUÊS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Diana Coutinho*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.15>

1. Nota prévia

O presente artigo versa sobre a temática da gestação de substituição, em particular à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. A escolha do tema pretende fazer jus à merecida homenagem desta obra, a Senhora Professora Doutora Benedita Mac Crorie, que de forma exímia e cativante dedicou parte da sua jornada ao estudo, investigação e discussão em torno do princípio da dignidade da pessoa humana. Recordamos com saudade a determinação, simpatia e generosidade da Senhora Professora Benedita. As palavras serão sempre insuficientes para a homenagear, a sua perda é inestimável.

Conhecemos a Senhora Professora Benedita, no exercício das suas funções de docência, nós na qualidade de discente da licenciatura em Direito

* Professora Convidada (equiparada a Professora Auxiliar) da Escola de Direito da Universidade do Minho e Professora Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto. Contacto: d6988@uminho.pt

da Escola de Direito da Universidade do Minho. Tivemos a honra de a ter como docente às unidades curriculares de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais, e os seus ensinamentos marcaram o nosso percurso académico. Posteriormente, na qualidade de Colegas da Escola de Direito da Universidade do Minho, tivemos a sorte de partilhar e debater algumas ideias e preocupações, em eventos científicos, com a Senhora Professora Benedita, inclusivamente sobre o tema que trazemos à análise no presente artigo.

Desta forma singela, e sem pretensões de um estudo exaustivo, deixamos a nossa contribuição para honrar a memória, mais do que merecida, da Professora Benedita.

2. Noção de gestação de substituição

Podemos definir gestação de substituição¹ como uma forma de reprodução humana através da qual uma mulher (a gestante) compromete-se a gerar e dar à luz uma criança para terceiro(s), o (s) beneficiário (s), a quem a deve entregar após o parto. Este compromisso tem por base um acordo de vontades entre as partes, oneroso ou gratuito, no qual a gestante de substituição renuncia a todos os direitos sobre a criança, incluindo os poderes e deveres que decorrem do regime jurídico da maternidade.

Assim, na gestação de substituição, o nascimento de uma criança ocorre por intermédio de um terceiro elemento, a gestante de substituição, que cede o seu útero (e todo o seu corpo) para uma gravidez a favor de terceiros (de um projeto parental de outrem). É a gestante de substituição que passa por todo o processo biológico de reprodução humana (desde a fecundação do óvulo até ao parto) ou por apenas parte desse processo (desde a transferência do embrião até ao parto). Veja-se que a gestação de substituição pode ser gestacional, quando a gestante não contribui com os seus óvulos, mas apenas gera um embrião criado *in vitro* com material genético que pertence aos beneficiários /ou dadores; ou genética, quando a gestante contribui com os seus óvulos.

¹ Para um estudo sobre o tema, Diana COUTINHO, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, Coimbra, Almedina, 2022.

A gestação de substituição não é uma técnica de procriação medicamente assistida, embora a sua regulamentação esteja inserida precisamente na Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), conforme veremos melhor *infra*. Em geral, as técnicas de PMA têm como função auxiliar o processo de reprodução humana (sobretudo em virtude de infertilidade), evitar a transmissão de doenças genéticas ou o tratamento de doença grave. Embora a prática (legal) de gestação de substituição implique o recurso a uma técnica de PMA, estamos perante situações distintas. No caso das técnicas de PMA, a mulher que recorre às técnicas é aquela que vai gerar no seu útero e dar à luz (está a realizar o seu projeto parental). Por seu turno, na gestação de substituição, as técnicas apenas são usadas para conceber um embrião criado com material biológico dos beneficiários (dos dois; de apenas um deles com material biológico doado) ou embrião doado e transferi-lo para o útero da gestante, sendo que esta pretende ajudar os beneficiários a realizarem o seu projeto parental.

Facilmente se compreende que a situação configurada como gestação de substituição coloca em causa o brocado latino *mater semper certa est*. Além disso, afasta-se do conceito tradicional de reprodução natural e da reprodução assistida enquanto processo unitário de conceção, gestação e parto centrados numa única mulher, independentemente da utilização de material biológico doado e da forma tradicional de constituir família ou das regras comuns do estabelecimento da filiação.

3. O modelo português de gestação de substituição

3.1. O contexto legal antes de 2016

Conforme mencionado *supra*, o regime jurídico da gestação de substituição encontra-se previsto na LPMA, sem prejuízo de existirem disposições normativas em diplomas legais como o Código Civil (CC), o Código Penal (CP) ou instrumentos internacionais ratificados por Portugal, que podem ser aplicadas a esta temática.

Em 2016 foi admitida no nosso ordenamento jurídico a prática de gestação de substituição, nomeadamente por força da Lei nº 25/2016, de

25 de agosto, ainda que a título excepcional e mediante o preenchimento de pressupostos de admissibilidade restritos (artigo 8º da LPMA).

Anteriormente, e expressamente desde 2006 com a criação da LPMA, era absolutamente proibida a prática de gestação de substituição. Independentemente da modalidade da maternidade de substituição² (gratuita ou onerosa, genética ou gestacional), se fosse celebrado um contrato de maternidade de substituição seria nulo e a gestante seria considerada a mãe da criança (nos termos gerais do direito da filiação). A opção do legislador de 2006 centrou-se na proteção do superior interesse da criança, na prevenção de conflitos que pudessem colocar em causa a paz familiar e nos valores tradicionais do direito da família.

Contudo, o mesmo legislador entendeu que a essa proibição não teria o mesmo impacto para efeitos penais. Assim, apenas a prática de negócio de maternidade de substituição oneroso constituía um ilícito criminal. Desta forma, os sujeitos que celebrassem um contrato oneroso de maternidade de substituição eram punidos com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (nº 1 do artigo 39º da LPMA). O artigo 39º, nº 2 da LPMA veio ainda punir as pessoas que, por qualquer meio, promovessem a maternidade de substituição a título oneroso. Esta promoção contemplava os convites diretos ou por interposta pessoa, ou de anúncio público. Qualquer destas situações configurava uma conduta ilícita, suscetível de ser punida com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias. Esta punição visava, sobretudo, dissuadir e impedir a formação e realização destes contratos feitos por agências, clínicas ou agentes de intermediação que lucravam com a realização destes negócios e conduziam aos inerentes perigos de exploração de mulheres e da sua instrumentalização. Porém, nos termos redigidos, esta solução conferia a possibilidade de sancionar os pais intencionais e a gestante.

3.2. O contexto legal após 2016

A Lei nº 25/2016 veio regular o acesso à gestação de substituição, embora só com a promulgação do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho, se tornou possível o início dos processos de gestação de substituição. Apesar

² Termologia usada até 2016 pela LPMA.

da alteração da nomenclatura (de maternidade para gestação de substituição), o conceito legal manteve-se (nº 1 do artigo 8º da Lei da PMA). A LPMA passou a ser aplicável, com as devidas adaptações, à gestação de substituição (nº 2 do artigo 2º da referida Lei), destacando-se a aplicação em matéria de direitos e deveres dos beneficiários (artigos 12º e 13º), consentimento (artigo 14º) ou confidencialidade (artigo 15º).

O modelo português assentava na natureza gratuita e excepcionalidade, permitindo o acesso em “casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas o justifiquem” (artigo 8º, nº 2 da LPMA). A lei exigia a utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários, proibindo a utilização de ovócitos da gestante no procedimento em que participasse (cf. artigo 8º, nº 3, da LPMA) e também proibía a existência de uma subordinação económica (laboral ou de prestação de serviços) ou jurídica entre as partes do contrato (artigo 8º, nº 6 da LPMA). A celebração do contrato estava dependente de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), da audição prévia da Ordem dos Médicos e da prestação do consentimento das partes (artigo 8º, nº 8, 10, artigo 14º da LPMA e artigo 2º do Decreto Regulamentar).

Este modelo de gestação de substituição foi considerado, segundo o Tribunal Constitucional (TC), não atentatório da dignidade humana (nem da gestante, nem da criança nascida com recurso à gestação de substituição), não obstante aquele tribunal ter considerado que alguns aspetos do seu regime legal violavam valores constitucionalmente protegidos e, por conseguinte, ter declarado inconstitucionais algumas das normas do regime jurídico da gestação de substituição.

Um ano depois, foi aprovado o Decreto nº 383/XIII da Assembleia da República (AR) que procederia à sétima alteração à Lei nº 32/2006, de 26 de julho, em concreto introduzindo alterações ao regime jurídico da gestação de substituição. Porém, o referido Decreto foi vetado pelo Presidente da República, que enviou para o TC um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade de duas normas constantes do artigo 2º do referido Decreto. Na sequência de tal pedido, o TC proferiu o acórdão nº 465/2019. Face às decisões do TC, até ao final de 2021 continuou sem ser permitido a realização de contratos de substituição.

4. O Princípio da Dignidade Humana e o modelo português gestação de substituição

4.1. O acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional

Após a aprovação da Lei nº 25/2016, um grupo de deputados veio invocar a inconstitucionalidade dos artigos 8º, 15º e 20º, nº 3, da LPMA³, e que se traduziam em três grupos essenciais de questões.

No primeiro grupo, encontrava-se o artigo 8º, diretamente relacionado com o regime da gestação de substituição, em relação ao qual os deputados invocaram que violava os princípios da dignidade da pessoa humana [artigos 1º e 67º, nº 2 alínea e) da CRP], da igualdade (artigo 13º da CRP), dever do Estado de proteção da infância (artigo 69º, nº 1, da CRP) e o princípio da proporcionalidade (artigo 18º, nº 2, da CRP)⁴.

No segundo grupo, encontrava-se o artigo 15º da LPMA, com implicações também no regime da gestação de substituição devido à sua aplicação como regime comum, tendo os deputados invocado que este artigo, em conjugação com os artigos 10º, nº1 e 2 e 19º da LPMA, violavam o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26º, nº 1 e 3 da CRP) e também os princípios da dignidade humana, da igualdade e proporcionalidade⁵.

Por fim, o terceiro grupo referia-se ao artigo 20º, nº 3 da LPMA: em matéria de PMA, os deputados invocaram que este também violava os direitos à identidade pessoal, desenvolvimento e personalidade e identidade genética, bem como os princípios de igualdade e proporcionalidade⁶.

De forma geral, conforme mencionamos *supra*, o TC considerou que o modelo português de gestação de substituição criado pela Lei nº 25/2016 não atentava contra a dignidade humana. Por outras palavras, o modelo português – excecional, gratuito, nos casos de acesso determinados na lei, meramente gestacional, com utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários, consentimento prestado pelas partes e celebrado por

³ Para uma análise mais completa dos fundamentos, veja-se o acórdão do TC nº 225/2018, de 7 de Maio, <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940>, [20.06.2022].

⁴ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1885.

⁵ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1885.

⁶ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1885.

escrito – não colocava em causa o princípio da dignidade humana, nem o dever do Estado de proteção da infância. Porém, considerou que existiam determinados aspetos do regime material da gestação de substituição que violavam direitos e princípios fundamentais.

Em particular, o TC apontou três argumentos principais para declarar a inconstitucional do modelo português de gestação de substituição, a saber: a excessiva indeterminação da lei (artigo 8º, nº 4, 10 e 11º da LPMA); a ausência de direito ao arrependimento da gestante (ou limitação da liberdade de revogação ao início do processo terapêutico) e a ausência de concretização do regime de nulidade do contrato de gestação de substituição (artigo 8º, nº 12, LPMA).

Em simultâneo, o TC também declarou inconstitucional o anonimato dos dadores e da gestante de substituição (artigo 15º da LPMA). Desta forma, declarou a inconstitucionalidade das normas dos artigos 8º, nº 4, 10º, 11º (e, por consequência, do nº 2 e 3 do mesmo artigo), do artigo 8º, nº 5 (em conjugação com o artigo 14º), do artigo 8º, nº 7º, do artigo 8º, nº 12 (todas da LPMA), por violarem valores e princípios fundamentais da CRP, como o princípio da segurança jurídica, da determinabilidade das leis, o direito ao desenvolvimento da personalidade conjugado com o princípio da dignidade humana, o direito a constituir família e o direito à identidade pessoal⁷.

4.2. O modelo português de 2016 e a dignidade humana à luz do Tribunal Constitucional⁸

Conforme mencionado *supra*, um dos argumentos invocados pelo grupo de deputados que requereu a inconstitucionalidade do artigo 8º da LPMA refere-se ao modelo português de gestação de substituição violar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP), em particular a dignidade da gestante e da criança nascida na sequência do contrato de gestação de substituição.

⁷ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, pp. 1944-1945.

⁸ O tópico em apreço corresponde, em parte, ao ponto 2, do subcapítulo II, da parte II da nossa tese de Doutoramento. Diana COUTINHO, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, *op. cit.*, pp. 647-660.

A importância do princípio da dignidade humana é indiscutível, tratando-se da base que fundamenta todo o Direito e assumindo um particular relevo na gestação de substituição. A LPMA consagra expressamente que o recurso à PMA e à gestação de substituição deve respeitar a dignidade humana (artigo 2º da LPMA).

A violação da dignidade da pessoa humana foi apontada pela doutrina como uma das principais fragilidades da Lei nº 25/2016. Por exemplo, para Maria Margarida Pereira, a falta de proteção da gestante e da criança configurava uma violação da dignidade da pessoa humana⁹, tendo a Autora criticado o facto de a Lei nº 25/2016 não permitir o direito de arrependimento da gestante após o parto. Para esta Autora, a limitação do direito ao arrependimento da gestante configurava uma “afronta à dignidade humana”¹⁰. Além disso, considerava que o modelo português não protegia o superior interesse da criança nem a sua identidade pessoal e livre desenvolvimento da sua personalidade¹¹.

Em sentido diferente, Benedita Mac Crorie não entendia que o modelo português atentasse contra a dignidade humana, uma vez que considerava que a invocação deste princípio apenas se justificava em situações extremas¹². Aliás, antecipando a decisão do TC, a Autora pressupôs que o TC não iria considerar o modelo de gestação de substituição violador da dignidade humana, caso tivesse em consideração a intenção subjacente à celebração do contrato, ao significado social da ação, à exigência do consentimento livre e esclarecido, à gratuidade e à inexistência de relação de subordinação jurídica

⁹ Maria Margarida Silva PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição”, *Julgare Online*, janeiro de 2017, pp. 18-19. Disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-desubstituicao-2/> [30.01.2018].

¹⁰ A Autora sugeria a aplicação de um regime similar ao processo de adoção, ou seja, com a prestação do consentimento após o parto (cf. artigo 1982º, nº 3, do CC). Segundo esta Autora, não se podia ignorar a importância do processo biológico de gravidez e do parto no desenvolvimento da personalidade da gestante, bem como a sua vontade. Maria Margarida Silva PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição”, *op. cit.*, pp. 3-20. Na verdade, o TC adotou uma posição parecida quanto à circunstância da limitação temporal do direito à livre revogabilidade da gestante afetar a sua dignidade, embora não considere que o modelo de gestação de substituição, em si próprio, seja contrário a este princípio.

¹¹ Maria Margarida Silva PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição”, *op. cit.*, p. 3.

¹² Benedita MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida”, in Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro (coords.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, p. 61, disponível em https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018_550.pdf [30.01.2019].

ou económica entre as partes¹³. Ora, efetivamente, o TC teve em consideração alguns dos aspetos referidos por Benedita Mac Crorie, nomeadamente os interesses subjacentes à celebração do contrato, a voluntariedade do consentimento e a gratuidade.

Na sua decisão, o TC começou por “atribuir um sentido substancial ao princípio”¹⁴, entendendo que era essencial para a “delimitação do espaço de livre conformação do legislador em matéria de regulação da PMA”¹⁵. O TC aderiu à fórmula do objeto, conforme se pode retirar da seguinte afirmação: “conhecendo um importante valor heurístico à chamada ‘fórmula do objeto’ de Günter Dürig (‘a dignidade humana é atingida quando o ser humano em concreto é degradado [herabgewürdigt] a objeto, a um simples meio, a uma realidade substituível’). [Se] é inerente ao ser-humano de cada um — ou seja, a todo e qualquer indivíduo da espécie humana — ter ‘direito a ter direitos’ e, portanto, a qualidade de sujeito titular dos direitos que lhe asseguram o exercício da autonomia na definição e prossecução dos seus fins próprios — os direitos fundamentais —, daí decorre necessariamente que cada um enquanto ser humano não possa ser degradado, desde logo pelos poderes públicos, a mero objeto, isto é, não possa ser tratado como simples meio para alcançar fins que lhe sejam totalmente estranhos”¹⁶. No entendimento do TC, o princípio da dignidade humana deve ser compreendido como limite ao tratamento da pessoa como objeto – como meio para atingir um fim –, mas também como “valor intrínseco a cada ser humano” de tomar decisões sobre a sua vida, em função de uma autonomia ética¹⁷.

¹³ Benedita MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida”, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴ Benedita MAC CRORIE, “Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional”, in Benedita Mac Crorie *et al.* (coords.), *Temas de Direito e Bioética - Novas Questões do Direito da Saúde*, vol. I, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2018, p. 36, disponível em https://issuu.com/comunicadireito/docs/direito_e_bioetica_web [30.01.2019].

¹⁵ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1906.

¹⁶ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, pp. 1907-1908; Benedita MAC CRORIE, “Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 36-37. Sobre a fórmula do objeto, veja-se Benedita MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in AAVV, *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, 2004, pp. 171 e ss.

¹⁷ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1908. Alguns autores já se tinham pronunciado sobre a dimensão de autonomia ética do princípio da dignidade humana. Por exemplo, Benedita Mac Crorie considerava que esta é uma das dimensões do princípio e que permite à pessoa determinar se está ou não a ser instrumentalizada. Benedita

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado como critério de aferição da conformidade do regime jurídico da gestação de substituição com a Constituição, embora a partir de uma divisão de apreciação. Isto é: o TC começou por apreciar se o modelo de gestação de substituição em si estava em conformidade com a Constituição (análise da admissibilidade em si) e só depois apreciou a conformidade do seu regime jurídico com a Constituição¹⁸.

Em concreto sobre o modelo português de gestação de substituição não violar a dignidade da gestante de substituição¹⁹, o TC fundamentou a sua decisão com base em cinco aspetos: na natureza gratuita do contrato; no papel ativo da gestante na realização do projeto parental dos beneficiários, o qual se traduz na realização de interesses constitucionalmente protegidos na participação da gestante enquanto realização de um projeto pessoal próprio que reflete o seu direito à liberdade de ação e ao livre desenvolvimento da personalidade; na gestação de substituição como realização de interesses constitucionalmente protegidos dos beneficiários; e na voluntariedade da atuação da gestante manifestada através do consentimento para a celebração do contrato de gestação de substituição e para se submeter a técnicas de PMA.

O TC destacou a gratuidade do modelo como um elemento positivo e essencial do modelo de gestação de substituição, considerando que esta “é mais uma garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, uma expressão da sua autonomia”²⁰. Os juízes do TC entenderam que o modelo estabeleceu condições mínimas para tentar garantir a natureza gratuita: proibindo os pagamentos e doações à gestante, admitindo apenas o

MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida”, *op. cit.*, p. 58. Esta Autora referia ainda que “limitação voluntária aos direitos de personalidade, só excepcionalmente o princípio da dignidade da pessoa deverá servir para limitar o poder de dispor sobre direitos de personalidade”. Benedita MAC CRORIE, “A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade”, in Nuno Manuel Pinto de Oliveira e Benedita Mac Crorie (coords.), *Pessoa, Direito e Direitos - Colóquios 2014/2015*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/DH- Centro de Investigação Interdisciplinar, 2016, p. 268.

¹⁸ Estrela Chaby criticou esta apreciação divisória, considerando que não se pode apreciar a génese do modelo de gestação de substituição – a admissibilidade em si mesmo – sem ter em consideração aspetos fundamentais do funcionamento do regime da gestação de substituição. Além da dificuldade prática de tal apreciação, a Autora salienta as contradições que podem surgir, afirmando que o juízo de admissibilidade da gestação de substituição em si mesmo deveria ter em atenção esses aspetos. Estrela CHABY, “A gestação de substituição, por si só”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 63-64.

¹⁹ Note-se que a posição do TC é apenas face ao modelo português, ou seja, não significa que outros modelos de gestação de substituição não possam atentar contra a dignidade da pessoa humana.

²⁰ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1908.

pagamento de compensações das despesas necessárias, proibindo a existência de uma relação de subordinação jurídica, e sancionando civil e criminalmente a celebração de contratos onerosos de gestação de substituição²¹.

Em sentido diverso, na sua declaração de voto, o Juiz Gonçalo de Almeida Ribeiro considerou que a gratuidade não é uma garantia da liberdade e autonomia da gestante, defendendo a natureza onerosa de gestação de substituição. Segundo o Juiz, a gestante altruísta não está numa posição de menos pressão ou restrição da liberdade do que a gestante que celebra um contrato oneroso. Na verdade, considera que é no domínio familiar – altruísta – onde poderá ocorrer a maior pressão e condicionamento da liberdade de ação e da sua personalidade. Nas palavras do Juiz, “os supostos argumentos a favor a proibição da onerosidade parecem-me tão abstratos e excessivos que obrigariam à condenação do trabalho assalariado (‘a exploração do homem pelo homem’), quando não de todo e qualquer contrato comutativo. Nada disto serve para negar que, num domínio delicado como este, se justificam medidas cautelares que assegurem a liberdade efetiva da gestante”. Desta forma, considerava inconstitucional a proibição dos contratos onerosos de gestação de substituição.

Porém, esta não foi a posição seguida pelo TC. A posição do TC reforçou a ideia que a gestação de substituição a título oneroso instrumentalizaria a gestante de substituição, sendo suscetível de violar a dignidade humana. Embora o TC não o reconheça expressamente, consideramos que, ao dar ênfase à importância da gratuidade como garantia da dignidade humana, implicitamente reconhece a inadmissibilidade de um modelo oneroso. É certo que a gratuidade isoladamente não é garantia da autonomia, deverá ser conjugada com a liberdade de revogação do consentimento. Somos, pois, a concordar favoravelmente com o TC quanto à valorização da natureza gratuita da gestação de substituição. Embora não exista um modelo perfeito, alguns modelos são melhores do que outros, no sentido que protegem mais as partes e a criança nascida. Ora, no modelo oneroso consideramos que a gestante e a criança são instrumentalizadas, dado que existe um pagamento pelo serviço gestativo, o que é contrário à dignidade da pessoa humana.

²¹ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1953.

Além disso, embora o TC reconhecesse as implicações psicológicas, físicas e afetivas do processo biológico de gravidez e parto sentidas pela gestante, considerou que a vida da gestante não se esgota ou reconduz apenas ao estado de grávida²². Na visão do TC, existe mais vida para além do estado de gravidez, pois a gestante, embora possa estar limitada em alguns aspetos devido ao processo biológico da gravidez, na generalidade, pode continuar a trabalhar, a fazer exercício físico, a cuidar da família, etc. Desta forma, essas limitações e alterações não atentavam contra a sua dignidade²³. O TC considerou exagerado o argumento de que a gestante está subordinada em absoluto aos interesses dos beneficiários²⁴, invocando que “tão pouco existe um direito dos beneficiários à sua utilização”.

De facto, se pensarmos apenas nas condicionantes naturais do processo biológico de gravidez e parto – alterações físicas, anatómicas, psicológicas da gestante – bem como nos cuidados básicos que devem ser adotados por qualquer mulher grávida (ou cuidados especiais face a certas características), somos obrigados a concordar com a opinião do TC sobre esses condicionantes não violarem a dignidade humana. Aliás, não violam porque a própria dignidade humana, na vertente de liberdade de ação da gestante e do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, lhe permite tomar a decisão de ser gestante e se sujeitar a essas alterações. Ademais, parece-nos que um modelo excecional e gratuito poderão ser compatível com o respeito pelos cuidados necessários para o desenvolvimento saudável da gestante e do feto, pois a natureza altruísta – vontade de ajudar os beneficiários – terá provavelmente subjacente a realização de uma gravidez saudável e bem-sucedida, não adotando comportamentos que possam colocar em perigo o feto. É certo que não é uma garantia absoluta, mas não nos parece que uma mulher que aceita ser gestante de forma altruísta adote comportamentos que prejudicam a sua vida ou a do feto.

O TC considerou ainda que a gestante desempenhava um papel fulcral na realização do projeto parental dos beneficiários – sem ela era impossível concretizá-lo –, mas a sua participação no processo passa também pela

²² Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1909.

²³ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

²⁴ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1910.

realização de um projeto seu²⁵. Conforme referiram os juízes, é “essencial a solidariedade ativa da gestante, traduzida na vontade de que aqueles concretos beneficiários sejam os pais da criança que ela venha a dar à luz”²⁶. Por outro lado, a gestante, ao aceitar, de forma altruísta e solidária, gerar e dar à luz uma criança para ajudar os beneficiários a realizarem o seu projeto parental, está a realizar um projeto pessoal próprio e que reflete o exercício de um bem de personalidade²⁷. Como refere o TC, “a intervenção no projeto parental dos beneficiários não se esgota no proveito para estes últimos, já que a própria gestante também retira benefícios para a sua personalidade, confirmando ou desenvolvendo o modo como entende dever determinar-se perante si e os outros. A sua gravidez e o parto subsequente são tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente de um ato de doação ou entrega, que, a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais, a eleva. E eleva igualmente perante aqueles que são por ela ajudados. Ora, a elevação da gestante de substituição, perante si mesma e os beneficiários e, porventura, perante o círculo dos seus mais próximos, é o oposto da sua degradação”²⁸. Por conseguinte, a participação de solidariedade ativa – de ato generoso e altruísta-, consubstancia a realização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26º da CRP, e da sua liberdade de ação²⁹. Assim, face aos argumentos apresentados, o TC concluiu que o modelo português não atentava contra a dignidade da gestante; pelo contrário, reflete a liberdade de ação da gestante e, em último lugar, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que é uma concretização do princípio da dignidade humana.

Por último, ainda em relação à gestante, o TC entendeu que a voluntariedade da participação da gestante, manifestada através da prestação de consentimento³⁰ para a celebração do contrato e submissão às técnicas

²⁵ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

²⁶ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

²⁷ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1911.

²⁸ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

²⁹ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, pp. 1911-1912.

³⁰ Considerando que o consentimento assume natureza própria e autónoma em relação ao próprio contrato.

de PMA, constitui garantia da sua dignidade³¹. Segundo o TC, a natureza especial do contrato de gestação de substituição justifica uma intervenção pública para salvaguardar a dignidade humana, que foi concretizada através de condições de controlo da sua celebração pelo CNPMA e pela exigência de prestação do consentimento³². Portanto, o legislador ordinário salvaguardou a dignidade humana no uso de técnicas de PMA, ao abrigo do artigo 67º, nº 2, alínea e), pelo menos na fase de negociação, celebração do contrato e início dos processos terapêuticos de PMA³³. Desta forma, o TC considerou que a reflexão sobre a liberdade de ação da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição deveria ser analisada de forma separada da admissibilidade do modelo de gestação de substituição em si.

Em relação ao argumento invocado, pelos deputados, de a prática da gestação de substituição violar a dignidade da criança, levou o TC a apreciar se o nascimento de uma criança com recurso à gestação de substituição – no modelo permitido pela Lei nº 25/2016 – instrumentalizava a criança (entendida como coisa) e o dever do Estado na proteção da infância³⁴. Recorrendo à fórmula do objeto, o TC entendeu ser necessário separar a análise da dignidade da criança em si mesmo (artigo 1º da CRP) da dignidade que está subjacente ao dever do Estado de proteção da infância (artigo 69º, nº 1 e nº 2 do CRP)³⁵. Quanto à primeira questão, considerou que o recurso à gestação de substituição por si só não atenta contra a dignidade da criança – não existe uma instrumentalização ou coisificação –, não se diferenciando

³¹ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1913. Para Benedita Mac Crorie, esta decisão do TC atendeu ao consentimento da gestante enquanto elemento essencial para afastar a lesão do princípio da dignidade da pessoa humana, e ao significado social da conduta da gestante (o seu ato altruísta de ajudar os beneficiários a realizarem o seu projeto parental e o seu próprio projeto pessoal). A Autora criticou a utilização do critério do consentimento para analisar a dignidade humana da gestante, pois considera ser impossível aferir as razões que levam a prestar o seu consentimento. Benedita MAC CRORIE, “Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 42.

³² Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1913

³³ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

³⁴ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1914.

³⁵ No primeiro caso, está em causa saber se a gestação de substituição instrumentaliza a criança e a trata de forma degradante; no segundo caso, está em causa saber o Estado garantiu todas as condições de proteção da criança nascida com recurso à gestação de substituição (por exemplo, a nível dos efeitos psicológicos e emocionais). Segundo o TC, “embora este modo de procriação possa contender com ambos os parâmetros constitucionais em causa — a dignidade da pessoa humana e o dever de proteção da infância —, é diferente a intensidade do grau de exigência de conformidade de cada um deles: a salvaguarda da dignidade humana impõe-se a qualquer outra consideração, enquanto o dever de proteção da infância admite ponderações com outros interesses constitucionais”. Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1914.

substancialmente de qualquer outra forma de nascimento (em especial, da PMA heteróloga)³⁶. Ademais, não existe qualquer abandono da criança, pois, após o parto, seria entregue aos beneficiários – que a desejaram³⁷ e tinham ligações genéticas –, vivendo uma vida similar às das crianças nascidas da reprodução natural ou assistida³⁸. Por conseguinte, o nascimento por via do modelo de gestação de substituição não afeta a dignidade da criança, uma vez que esta não é instrumentalizada³⁹ nem é tratada de forma degradante.

É ainda importante salientar que o TC não desvaloriza a ligação uterina e a importância do processo fisiológico de gravidez para o bem-estar e formação da criança; contudo, considera que essas questões não atentam contra a dignidade humana e apenas podem ser perspetivadas à luz do princípio do superior interesse da criança⁴⁰. Segundo o TC, “só se poderia falar de uma afetação da criança na sua dignidade, caso a gestação de substituição implicasse, por si só, uma necessária afetação negativa do novo ser em termos de comprometer o seu desenvolvimento integral num ambiente familiar normal (artigo 69º, nºs 1 e 2, da Constituição). A Constituição protege a vida intrauterina, bem assim, a vida de embriões, «no ponto em que o embrião, ainda que não implantado, é suscetível de potenciar a vida humana» (acórdão nº 101/2009), pelo que não é constitucionalmente admissível uma intervenção nessas fases que intencional e necessariamente resulte num ser humano diminuído e sem plena capacidade de autodeterminação. Então, sim, ocorreria uma instrumentalização *ab initio* do novo ser às finalidades de tal prática que não poderia deixar de se qualificar como degradante. Porém, não existe a evidência de uma necessária lesão da criança causada pela sua separação da mulher que a deu à luz⁴¹. Ora, não está cientificamente demonstrado que a separação da criança da mãe uterina tenha efeitos nefastos para o seu desenvolvimento psicológico e personalidade, nem se diferencia

³⁶ Apoiou-se na doutrina e pareceres sobre o tema. Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1915.

³⁷ Aliás, ainda antes da conceção, a criança era desejada pelos beneficiários.

³⁸ Ademais, considera que a reprodução por via da gestação de substituição não afeta por si só um conceito constitucional adequado de família, pois este conceito é abstrato e permeável às novas realidades. Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

³⁹ No fundo, o Tribunal admite que pode existir a instrumentalização da conceção, mas não considera que tal seja violador da dignidade humana. Benedita MAC CRORIE, “Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do Acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁰ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

⁴¹ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

do desenvolvimento das crianças nascidas no âmbito da reprodução natural ou assistida. Por tudo isto, o TC considerou que o modelo de português não atentava contra a dignidade da criança.

Quanto ao dever de proteção da infância analisado à luz do superior interesse da criança, o TC entendeu que o seu bem-estar e desenvolvimento da personalidade não fica afetado de forma negativa pelo facto de a criança ter nascido na sequência de um contrato de gestação de substituição⁴². Apoiando-se nos estudos científicos sobre os impactos psicológicos da gestação de substituição na criança e nos benefícios que a mesma gera para os beneficiários e gestante, o TC considerou que o legislador tem uma margem de avaliação e conformação, que não lhe impõe uma atuação de prevenção absoluta de todos os riscos que possam surgir. Por conseguinte, a Lei nº 25/2016 não violava o artigo 69º, nº 1 da CRP, nem afetava o conceito de família constitucionalmente protegido.

Não obstante esta posição, conforme mencionado *supra*, o TC entendeu que determinados aspetos do regime legal da gestação de substituição violavam preceitos constitucionais, inclusivamente o princípio da dignidade humana. Um desses aspetos⁴³ referia-se à limitação do direito de arrependimento da gestante ou da livre revogação do consentimento prestado. O TC entendeu que a natureza contratual da gestação de substituição não podia afetar ou prejudicar o regime do consentimento informado, já que o consentimento é condição essencial para salvaguarda da dignidade humana da gestante e só nesses termos – consentimento atual, livre e esclarecido – se pode celebrar este negócio⁴⁴. O TC considerou que, embora exista interligação das obrigações contratuais com o consentimento prestado pela gestante, aquelas não podem impor uma limitação à revogação do consentimento, sob pena de atentar contra a dignidade da gestante⁴⁵.

Além disso, a antecipação do consentimento em relação a todas as fases do processo de gravidez não é compatível com a exigência de prestação

⁴² Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1917.

⁴³ No presente artigo não temos possibilidade de analisar todas as questões. Para um estudo aprofundado das restantes situações, Diana COUTINHO, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, *op. cit.*, pp. 660-695.

⁴⁴ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1920.

⁴⁵ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1921.

de um consentimento atual e informado. Note-se que o TC entendeu que a opção do legislador em fixar no próprio contrato um limite à revogação do consentimento não afetava por si só a dignidade. Porém, o problema estava no momento temporal do limite fixado pelo legislador – o início dos processos terapêuticos –, uma vez que tal prazo não garante a continuidade da liberdade de ação e autonomia da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição, afetando a dignidade daquela. Para o TC, a natureza complexa e abrangente deste consentimento, face às especificidades da gestação de substituição, não se coadunava com uma renúncia antecipada e com a limitação da liberdade de revogação do seu consentimento. Assim, o processo fisiológico de gravidez e parto impõe um tratamento diferenciado no que concerne ao regime de consentimento da gestante⁴⁶. Por um lado, o TC considerou que o consentimento prestado antes da celebração do contrato de gestação de substituição e da própria gravidez não pode ser estendido a todo o processo de gravidez e parto, ou seja, não pode ser considerado verdadeiramente informado e atual em relação a todo o processo, devido a três motivos principais: à natureza imprevisível e dinâmica do processo biológico/psicológico da gravidez, à ligação afetiva que a gestante pode estabelecer com o feto e aos impactos da gravidez na pessoa da gestante⁴⁷.

Em suma, o direito à autonomia, liberdade de ação e desenvolvimento da personalidade como manifestações da dignidade humana deve ser assegurado ao longo de todo o processo de gestação de substituição: na celebração, na aplicação de técnicas de PMA, durante a gravidez e parto e na entrega da criança aos beneficiários⁴⁸.

⁴⁶ Assim, num regime legal que aceitava a renúncia antecipada do estatuto jurídico de mãe, no qual o consentimento prestado pela gestante era no sentido de não querer ser mãe da criança que viesse a nascer e o seu comprometimento na gestação e parto de uma criança era a favor dos beneficiários, a renúncia à maternidade é entendida como necessária face a um quadro normativo em que a mesma é proibida e a regra do estabelecimento da maternidade é a do art. 1796º, nº 1 do CC. Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1896.

⁴⁷ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1922.

⁴⁸ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1923.

4.3. A dignidade humana no novo modelo português de gestação de substituição

No final do ano de 2021 foi aprovado o novo regime jurídico da gestação de substituição, por força da Lei nº 90/2021, de 16 de dezembro, com data de entrada em vigor em 1 de janeiro de 2022. A Lei nº 90/2021 veio proceder à alteração dos artigos 8º, 14º e 39º da LPMA, adiantando ainda os artigos 13º-A e 13º-B. Note-se, porém, que a referida Lei continua⁴⁹ a aguardar a respetiva regulamentação, o que significa que ainda não é possível celebrar legalmente um contrato de gestação de substituição.

A Lei nº 90/2021 manteve a noção legal de gestação de substituição, o carácter excecional e gratuito. Quanto às causas de recurso a Lei veio estabelecer que o acesso se limita a causas clínicas que impedem de forma absoluta e definitiva a gravidez de uma mulher, logo cingindo as causas de acesso a problemas de saúde ou físicos provenientes da mulher-beneficiária, e afastando uma interpretação de “outra situação clínica” que pudesse abranger o acesso por casais de homens ou homens solteiros.

O modelo português continua a fundar-se no cariz altruísta de uma mulher que aceita ser gestante de substituição, sendo proibido celebrar contratos de gestação de substituição quando exista uma relação de subordinação económica entre os beneficiários e a gestante. Além disso, apenas se admite a prática da gestação de substituição gestacional e exige-se a contribuição de material genético de pelo menos um dos beneficiários. Quanto à gestante a Lei vem dar preferência à mulher que já tenha sido mãe, o que constituiu um elemento que poderá ser importante no decurso de todo o processo.

De forma expressa, aditando dois artigos à LPMA, o legislador veio estabelecer os direitos da gestante de substituição no artigo 13º-A e os seus deveres no artigo 13º-B. A consagração legal expressa visa, certamente, evitar as críticas apresentadas ao regime lacunoso da Lei nº 25/2016, bem como há regulamentação destas questões em sede de Decreto-Regulamentar.

O legislador veio reformular o artigo 14º da LPMA, mantendo para os beneficiários o limite da livre revogabilidade do consentimento prestado até ao início dos processos terapêuticos de PMA. No caso da gestante, aco-

⁴⁹ À data da redação do presente artigo.

lhendo da posição do TC, a livre revogabilidade do consentimento prestado estende-se ao registo da criança nascida na sequência do contrato. Desta forma, sem novidades, embora não se concorde inteiramente com este limite, o legislador acolheu uma das condições essenciais para a admissibilidade dos contratos de gestação de substituição em Portugal: o direito ao arrependimento da gestante, como espelho do seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

O estabelecimento da filiação será a favor dos beneficiários do contrato de gestação de substituição, sem prejuízo do caso de arrependimento da gestante. Ou seja, estando o contrato em conformidade com a lei e a gestante não se arrependendo, os beneficiários serão tidos como pais da criança que venha a nascer. Assim, estamos perante um modelo legal de parentalidade. Todavia, embora a Lei não determine expressamente o estabelecimento da maternidade a favor da gestante de substituição quando esta se arrepende, o nº 9 do artigo 8º da nova versão da LPMA indicia que, pelo menos, a solução deste artigo poderá ser outra quando tal aconteça. Seguindo as indicações do TC, a decisão de arrependimento não implicaria necessariamente o estabelecimento da maternidade a favor da gestante, pelo menos a título definitivo, podendo o conflito ou concurso positivo de parentalidade ser resolvido em sede judicial, devendo a solução passar pelo superior interesse da criança. De qualquer forma, esta ausência ou pouco esclarecimento da lei poderá gerar situações dúbias. O legislador deveria ter definido expressamente qual o modelo de estabelecimento da parentalidade em casos de arrependimento da gestante.

Face ao exposto, percebemos que o legislador de 2021 manteve como elementos chaves todos aqueles que fizeram do modelo português de gestação de substituição um modelo conforme o princípio da dignidade humana. Em concreto, a natureza gratuita, o cariz altruísta, excecional, a ligação genética a pelo menos um dos beneficiários, a não contribuição do material genético da gestante, a proibição da existência de subordinação jurídica e financeira.

Destacamos, porém, em especial, a tentativa do legislador conformar o novo regime às indicações do TC no que respeita ao momento limite para a livre revogação do consentimento da gestante. Como mencionamos *supra*, o novo modelo vem permitir o direito de arrependimento da gestante para momento posterior ao parto, embora o legislador não tenha definido o limite

concreto⁵⁰. Apesar da alteração extremamente positiva e inevitável, a indefinição do momento em si ou mesmo a sua limitação ao momento de registo da criança poderá continuar a suscitar a violação do princípio da dignidade humana, na vertente do direito da gestante ao livre desenvolvimento da personalidade. Repare-se que o prazo de registo da criança poderá esgotar-se no próprio dia do nascimento da criança, já que hoje é possível proceder ao registo no hospital ou no prazo máximo de 20 dias após o nascimento da criança. Ora, não nos parece que este prazo assegure o direito ao livre desenvolvimento da gestante. O pós-parto pode ser um momento delicado, em que as emoções e sentimentos estão condicionados pelo momento. Portanto, os primeiros dias não serão os adequados para que se tome uma decisão consciente e imparcial sobre a entrega da criança e renúncia ao estatuto jurídico de mãe. Parece-nos mais adequado um prazo entre a 4 ou 6 semanas para revogar o consentimento, à semelhança do que acontece com o regime da adoção. Na verdade, esta solução vai ao encontro de uma tendente defesa para um modelo de transferência judicial da parentalidade, à semelhança do que ocorre no Reino Unido, e que permite a livre revogação do consentimento prestado pela gestante até seis semanas após o parto.

5. Notas finais

Pelas problemáticas e desafios que gravitam em torno da prática de gestação de substituição, esta temática assume uma natureza complexa e inesgotável. A decisão do Tribunal Constitucional de 2018 simboliza um marco na história, pois veio reconhecer que um modelo de gestação de substituição pode ser considerado conforme os preceitos constitucionais. Numa decisão fortemente marcada pela preocupação com os direitos da gestante e o superior interesse da criança, o TC reconheceu o direito fundamental ao livre desenvolvimento da gestante de substituição como liberdade de ação da sua personalidade.

⁵⁰ Até à data de redação do nosso artigo a Lei nº 91/2021 ainda não foi regulamentada, por isso não sabemos se muitos aspetos vão ter ou não resposta. A verdade é que a redação desta lei é omissa quanto à conjugação do direito ao arrependimento da gestante com as regras de estabelecimento da filiação quando a gestante venha a exercer tal direito, bem como quanto ao processo de registo da criança.

Quanto aos limites à livre revogação do consentimento, o TC foi perentório ao afirmar que a limitação da livre revogação do consentimento da gestante ao início do processo terapêutico de PMA era inconstitucional por violar o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Notámos que a opção do legislador em fixar no próprio contrato um limite à revogação do consentimento não afetava por si só a dignidade; porém, o problema estava no momento temporal do limite fixado pelo legislador – o início dos processos terapêuticos – uma vez que tal prazo não garante a continuidade da liberdade de ação e autonomia da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição, logo, afetava a dignidade daquela. Para ultrapassar esta situação, o legislador de 2021 veio admitir a livre revogação do consentimento para além do momento do parto sem, no entanto, o limitar em concreto. Aguardamos com expectativa a regulamentação da Lei nº 91/2021, por forma a saber se o novo regime da gestação de substituição respeita o princípio da dignidade da pessoa humana.