

# Data enia

Revista Jurídica Digital

6   
Novembro 2016



## Procriação medicamente assistida

**Hugo Cunha Lança**

Doutor em Direito

### SUMÁRIO

Através de Sócrates aprendi que apenas sei que nada sei. E, procuro nunca esquecer, é a ignorância que nos faz procurar a Verdade. Questionando. Sendo certo que este texto foi dedilhado antes Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, e até pela ausência de regulação, as perguntas que deixo, não perderam pertinência. Mais do que oferecer respostas, com estas linhas, convido outros a pensar sobre a problemática, contribuindo para uma discussão que, em bom rigor, não foi feita.

*Visto que o Senhor me tornou uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos: interjeições esparsas sobre o que se convencionou chamar de barrigas de aluguer.*

**Hugo Cunha Lança**

Doutor em Direito

Bendita seja a Mãe que te gerou.  
Bendito o leite que te fez crescer  
Bendito o berço aonde te embalou  
A tua ama, pra te adormecer!  
*Florbela Espanca*

Corpo de linho, lábios de mosto  
Meu corpo lindo, meu fogo posto.  
Eira de milho, luar de Agosto  
Quem faz um filho, fá-lo por gosto  
[...]Olhos de amêndoa, cisterna escura  
Onde se alpendra, a desventura.  
Moira escondida, moira encantada  
*José Carlos Ary dos Santos*

Quero começar este texto reafirmando o que amiúde sublinho: não sou um cientista social [seja lá isso o que for], pelo que não me sinto investido pelo manto da objetividade científica; acredito que Einstein teve razão e tudo é relativo e, nunca esqueço que, quando estou a acariciar o seio esquerdo, é no direito que a outra pessoa sente o prazer ou o desprazer da minha conduta, pelo que, estas linhas, não são fruto de uma tese com pseudo-racionalidade científica, mas uma *opinião*, de alguém que é homem, heterossexual, agnóstico, provinciano e, como tal, ferida da subjetividade que é inerente à condição do sujeito. Convoco esta discussão porque prefiro procurar a luz do que habitar na caverna de Platão.

As temáticas da procriação medicamente assistida [e escrevo no plural, porque tratamos de uma heterogeneidade de situações] estão no cerne do pensamento jusfamiliar, carriladas por uma pressão mediática<sup>1</sup> e social [e económica, porque não podemos ignorar que estamos perante uma indústria milionária], devidamente justificada. Dessarte, o século XXI poderá vir a ser o *Século da Infertilidade*, por uma cornucópia de razões, num caleidoscópico que se tem caracterizado por um minguar da natalidade, que, nos países que insistimos em chamar de desenvolvidos, se escreve com caracteres assustadores.

Quero centrar a minha atenção, e a paciência daqueles que me acompanham, na, tecnicamente designada, *maternidade de substituição*<sup>2</sup>, eufemismo para *barrigas de aluguer* (na simbologia dos críticos, porquanto, a expressão não é axiologicamente neutra, indiciando a onerosidade da prática, veiculando um juízo prévio oculto), ou da “*gestante de substituição*”<sup>3</sup> [ou “*mães hospedeiras*”<sup>4</sup>, “*mãe de recepção*”<sup>5</sup>, “*gestação para outrem*”<sup>6</sup>], (como enfatizam os seus apologistas, bem cientes do valor simbólico das palavras, que, se são significado, também são significante e, se a semântica nunca é indiferente, em questões de bioética, tem uma dimensão ainda mais colossal). E, porque escrevo despido de hipocrisia, começo por deixar firme a minha convicção: sou contra a *maternidade de substituição* [tratamento de maternidade de

---

<sup>1</sup> Cuja presença também pode ser encontrada na cultura popular urbana; no início da década de noventa a TV Globo ofereceu-nos uma novela sobre o tema, na série americana de culto “Friends” - a personagem *Phoebe Buffay* deu à luz os filhos do irmão - , no “Brothers and Sisters” . um casal homossexual alcançou a parentalidade da mesma forma - e, no cinema, podemos recordar o filme “Baby Mama”.

<sup>2</sup> E utilizo o conceito num sentido amplo, incluindo, todos os casos em que uma mulher se compromete a levar até ao fim uma gravidez por conta de outros, independentemente de o filho ser geneticamente seu, ou serem utilizados óvulos da comitente ou de terceira.

Uso a locução, porque, não apenas resulta da lei, como é a mais comum na literatura jurídica, mas, sem obliterar que a mesma “pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica” (Parecer n.º 63/CNECV/2012, pp. 7/8).

<sup>3</sup> Assim, v.g., O Conselho Federal de Medicina, no Brasil.

<sup>4</sup> Assim, OLIVEIRA, Guilherme – Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. Lisboa: Revista da ROA. Ano 49 (1989), p. 787.

<sup>5</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 260.

<sup>6</sup> Assim, ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. Lisboa: Revista da ROA. Ano 67, Vol. III (Dez. 2007), p. 997.

substituição, nas palavras dos seus defensores]. E quero afirmá-lo logo nos preliminares, para que aquele que comigo dialoga não me acompanhe ignorando que as minhas premissas têm por base uma conclusão.

Mas, se discordo da solução, afasto-me das narrativas típicas (explícitas e implícitas) daqueles com quem comungo. Desde logo, não me impressiona o argumento religioso: não consigo ler no recurso à maternidade de substituição “uma falta objetiva contra as obrigações do amor materno, da fidelidade conjugal e da maternidade responsável; [nem acho que] ofende a dignidade e o direito do filho a ser concebido, levado no seio, posto no mundo e educado pelos próprios pais; em prejuízo da família, instaura uma divisão entre os elementos físicos, psíquicos e morais que a constituem”<sup>7</sup>. Aliás, sem querer problematizar [porque exigia uma daquelas notas de rodapé que são Tratados], importa ter presente que o cristianismo tem como substrato uma conceção sem comunhão sexual, por recurso a um Dador Externo, que utilizou um ventre alheio, para conceber o Salvador<sup>8</sup>. Por outro lado, se tenho profundíssimo respeito pela doutrina religiosa [ou, para não pecar, por uma parte significativa das doutrinas religiosas], não confundo os imperativos éticos com as normas jurídicas e passaram séculos desde que deixámos de interpretar o Direito como um caminho para a salvação das almas<sup>9</sup>, concedendo a *César o que é de César*.

---

<sup>7</sup> *Donum vitae*, publicada pela Congregação para a Doutrina da Fé, em 22 de fevereiro de 1987. Com efeito, diz o Catecismo que “as técnicas que provocam uma dissociação do parentesco, pela intervenção de uma pessoa estranha ao casal (doação de esperma ou de óvulo, empréstimo de útero) são gravemente desonestas. Essas técnicas (inseminação e fecundação artificiais heterólogas) lesam o direito da criança de nascer de um pai e de uma mãe conhecidos dela e ligados entre si pelo casamento. Elas traem o direito exclusivo de se tornar pai e mãe somente um por meio do outro” (n.2376).

<sup>8</sup> E, se porventura a metáfora for desrespeitosa, pode o leitor optar pelo caso bíblico de Raquel, que invejosa de sua mãe e inapta para procriar disse ao marido Jacob: *eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela* (Gênesis 30:3) ou o diálogo entre Sarai e Abraão: *visto que o SENHOR me tornou uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos* (Gênesis 16).

<sup>9</sup> Embora sem ignorar que “a realidade é que, apesar de todos os avanços que a sociedade fez em matéria de justiça desde os tempos antigos, não há comunidade humana em que o grosso da população não tenha o sentimento e a convicção absoluta de que a justiça total não é deste mundo. Todos acreditam que, por mais equitativa que seja a lei ou que por mais respeitável que seja o corpo de magistrados encarregados de administrar a justiça, por mais honrados e dignos os Governos, a justiça nunca chega a ser uma realidade tangível e ao alcance de todos, que defenda o indivíduo comum, o cidadão anónimo de ser abusado, empurrado e discriminado pelos poderosos. Por isso não é de estranhar que a religião e as práticas religiosas estejam mais enraizadas nas classes e sectores mais desfavorecidos da sociedade”

Também, não se procure nas minhas críticas e dúvidas uma homofobia encapotada [e escrevo-o, ciente, que qualquer homofóbico escreveria o mesmo]; afirmo-o para não embarcar em sofismos: abscondita nesta discussão, nas entrelinhas de argumentos coonestadores, encontramos, dissimulada, a narrativa da homofobia triunfante, uma fobia misantropa por aqueles que ousam ser diferentes. Porque nos assusta tudo o que não tem a reverência de ser banal.

Tenho na vida três detetores de *tretas*<sup>10</sup>: (i) quando na argumentação se convocam os valores (seja, da nação, da família, da liberdade ou da moral), para legitimar posições [e os juristas recordem bem a Constituição de 1933]; (ii) quando se procura complexificar o óbvio, quer através de linguagem cifrada, quer no recurso à demagogia; e, por fim, (iii) quando se avocam as infinitas possibilidades, se exigem estudos e mais estudos, para concluir, no final, que *a neve é efetivamente branca*<sup>11</sup>. Na exclusão, sumária, à paternidade pelos casais homossexuais, é possível encontrar estas três características. E, despido o argumentário, é axiomático que parte da narrativa dos que combatem as técnicas de procriação medicamente assistida, baseia-se na homofobia, no receio de que uma criança educada por um casal do mesmo sexo esteja condenada ao *flagelo* da homossexualidade. Aliás, a forma gritantemente inconstitucional como o direito português coevo impede a paternidade aos casais homossexuais é a prova provada que o preconceito está latente nas entrelinhas das convicções. Furto palavras alheias, para sublinhar que, subscrevo "as restrições impostas pelo Estado ao exercício do direito à reprodução não podem se fundar em qualquer tipo de valoração moral, ligada a pré-juízos sobre o comportamento sexual, familiar e social da pessoa, e suas

---

(LLOSA, Mário Vargas - A Civilização do Espectáculo. Trad. Cristina Rodrigues e Artur Guerra. Lisboa: Quenzal, 2012, p. 161)

<sup>10</sup> Alertado pelo filósofo incompreendido Jon Stewart. Uso a expressão, pouco ortodoxa, porque "outro benefício da pós-modernidade é a possibilidade de alargamento das fontes citáveis academicamente, multiplicando os produtores de sentidos e o seu diálogo" (CUNHA, Paulo Ferreira da - *Geografia Constitucional...*, cit., pp. 606/607). Ao que acresce o facto de "admitir que outro tipo de pessoas possam participar no diálogo académico e jurisprudencial dos juristas, utilizar outro tipo de factos como relevantes, falar uma outra linguagem" (HESPANHA, António Manuel - *O Caleidoscópio do Direito...*, cit., p. 292).

<sup>11</sup> Refiro-me à discussão filosófica abordada, v.g., em MALATO, Maria Luísa/CUNHA, Paulo Ferreira da - *Manual de Retórica & Direito*, cit., p. 61.

refracções na consciência moral da sociedade"<sup>12</sup>, e a nua verdade é que os estudos psicossociológicos não demonstraram que "este tipo de formações familiares obstrua efectivamente o crescimento saudável da criança. A argumentação apresentada, assentando embora em motivações legítimas (o bem-estar do novo ser) parte de uma petição de princípio: a definição daquilo que seja o interesse e o bem-estar da criança emerge demasiado conotada em concepções moralistas"<sup>13</sup>. Sou inequívoco porque me incomodam ambiguidades: indigna-me um ordenamento jurídico que teima em determinar que apenas os casais heterossexuais (unidos pelo matrimónio ou nas teias do que a lei considera união de facto) podem aspirar à parentalidade e considero que limitar o recurso a todos os outros carrega consigo o odor bafiento de um tempo em que os filhos se dividiam em legítimos e ilegítimos, prova de que podemos *retirar a pessoa do bairro, mas não o bairro da pessoa*<sup>14</sup>.

Dessarte, o legislador abriu o casamento à homossexualidade mas fechou-lhe a possibilidade da parentalidade, determinando a proscricção de os homossexuais assumidos recorrerem à filiação, seja através das técnicas de procriação medicamente assistida, seja da adoção [que agora aos soluços será admitida no texto na lei, mas, *law in the books*, não é *law in action*]<sup>15</sup>. Sempre me manifestei contra o direito à adoção pelos casais homossexuais, porque nunca interpretei o instituto da adoção como uma prerrogativa dos casais; a adoção não existe para permitir que pais possam ter filhos, antes, existe para que filhos possam ter pais. E, o que deixo escrito, é muito mais do que um jogo de palavras, é um argumento copérnico: o cerne da problemática é o superior interesse da criança em processo de adoção e nunca duvidei que, em muitos casos, o melhor para aquela criança concreta é ser adotada por aquele

---

<sup>12</sup> RAPOSO, Vera Lúcia - De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 70/71.

<sup>13</sup> RAPOSO, Vera Lúcia - De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 70/71.

<sup>14</sup> Porque toda a modernidade não obliterou o preconceito e ainda persiste a ideia de que a procriação humana exige uma *colaboração responsável dos esposos com o amor fecundo de Deus; o dom da vida humana deve realizar-se no matrimónio, através dos atos específicos e exclusivos dos esposos, segundo as leis inscritas nas suas pessoas e na sua união (Donum vitae, publicada pela Congregação para a Doutrina da Fé, em 22 de fevereiro de 1987).*

<sup>15</sup> E, neste contexto, trago à colação Martin Luther King quando nos ensinou, que preferia conhecer os aplicadores do Direito do que conhecer as leis.

casal homossexual, sendo, portanto, um absurdo menosprezar o superior interesse da criança, com base num preconceito homofóbico, sem sustentação científica e desconstruído pela prática quotidiana. Posição contrária, ainda hoje estatuída na norma, viola preceitos constitucionais estruturantes do nosso *edifício* legislativo<sup>16</sup>. E, antes que me atirem aos olhos o argumento recorrente na *vox populi* [à qual juristas de alto coturno recorrem em momentos de aflição argumentativa], de que as crianças são cruéis e iriam ridicularizar na escola o pobre menino filho de dois pais ou de duas mães [crueldade que resulta daquilo que ouvem na casa dos seus pais heterossexuais e, as mais das vezes, uma projeção efabulada pelos subscritores do argumento], oiçam-se as vítimas do abandono parental, condenadas a viver em *orfanatos* e questione-se o que, para elas, será menos traumatizante!

Uma outra das críticas recorrentes, ao recurso à *maternidade de substituição*, assenta no mito da família idílica de um pai, uma mãe e uma criança feliz, desenhada, *v.g.*, por Manet; convoco-o, porque “há vários tipos de mitos – os que são fábulas meramente legitimadoras, e os que são, pelo contrário, fundamentos simbólicos do que mais caro e sagrado há entre os Homens. Os primeiros impedem o acesso à verdade das coisas (ou à nossa verdade possível sobre elas); os segundos são, por vezes, o único caminho possível para o conhecimento de realidades demasiado complexas, meandrosas, ou obscuras”<sup>17</sup> e, *in casu*, o mito da família nuclear heterossexual, como modelo único de referência, subsume-se ao segundo tipo de mitos. Destarte, estupidificados na procura do paradigma, esquecemos o paradoxo, e, fingimos ignorar a multiplicidade de tipologias familiares que coexistem na atualidade<sup>18</sup>, pelo que, cada vez mais, as famílias heterossexuais celebradas pelo casamento e imunes a divórcios são residuais. Não obstante, o legislador continua obcecado por um modelo que ruiu na pós-modernidade, recusando-se a abandonar a *ilha* oferecida por Thomas More .

---

<sup>16</sup> Pelo que se exige uma hermenêutica que permita conciliar a lei posta com os princípios emanados da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Lei fundamental.

<sup>17</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da - Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização. Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 11/12.

<sup>18</sup> TOFFLER traz à colação um estudo onde foram detetados 86 diferentes combinações familiares num único bairro de Chicago (TOFFLER, Alvin - A Terceira Vaga, cit., p. 214).



Não sou tão ingênuo ao ponto de ignorar que o que deixo escrito colide com séculos de preconceitos sedimentados, lugares-comuns que parecem descender do senso comum [que nunca podemos confundir com bom senso], mas, também não ignoro o que Schopenhauer nos ensinou: todas as verdades passam por três fases; primeiro são ridicularizadas, num segundo momento violentamente combatidas e num terceiro, aceites, por todos, como óbvias e evidentes.

A família tradicional, a que tanto se alude no debate jussociológico, é filha disruptiva da revolução industrial e os valores tradicionais a que *os Velhos do Restelo* de todas as idades se agarram, são os mesmos que defendiam que a mulher se devia subjugar ao homem, que o europeu caucasiano tinha o direito de colonizar, escravizar e aniquilar outras raças e explorar os territórios em todo o mundo, que os católicos tinham o direito de evangelizar, através do saque e da perseguição quem cultivava outros credos. Porque, houve um tempo em que o direito e a arquitetura social eram unânimes em consagrar a superioridade do homem, caucasiano, europeu e católico, relegando mulheres, negros, índios e hereges a uma condição inferior, incapazes de cuidar de si e dos seus interesses, carentes da tutela protetora dos outros, que tinham todas as respostas e sabiam o que era o melhor para proteger os mais frágeis: o *fardo do homem branco*<sup>19</sup>.

Por fim, importa desconstruir outro mito, porque, Fernando Pessoa tinha razão e *o mito é o nada que é tudo*; muitos dos dislates judiciais relativos à situação das crianças têm por base a premissa de que progenitores são sinónimos de pais. Falácia que o próprio legislador conservador já detetou ao separar a progenitora da paternidade na adoção (porque são os adotantes os pais, não os progenitores) e na procriação medicamente assistida (inequivocamente o art.º 21º da Lei n.º 32/2006, de 26 de junho declara que *dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela*), mas que continua viva na prática dos burocratas do direito, que insistem numa desmesurada valorização do contributo biológico, ignorando que pais são aqueles que oferecem o seu amor à criança. Com efeito, progenitor é aquele do qual

---

<sup>19</sup> Referimo-nos ao poema de Rudyard KIPLING.

alguém descende, aquele que gera, que dá origem e está umbilicalmente arreigado ao preconceito biológico [genético?] da filiação, incompatível com as novas conceções sociológicas e jusbiológicas da parentalidade; assim, a expressão “pais”, surge como metáfora para pessoa de referência, ou seja, o adulto que tem “desempenhado as tarefas relacionadas com o cuidado e a responsabilização diária pela criança, traduzindo-se nos seguintes factos: a satisfação das necessidades básicas da criança com a alimentação e cuidados de saúde; o planeamento das refeições; o acto de acordar e de deitar a criança; a assistência na doença; o ensino das regras de etiqueta e de higiene; tarefas ligadas à interacção social e actividades lúdicas; participação em desportos e visitas a amigos; supervisão das ocupações diárias e da educação da criança, incluindo a educação, religiosa, moral, cultural e social; a assistência nos trabalhos de casa à criança em idade escolar; conselho e apoio ao processo de desenvolvimento e bem-estar emocional da criança; organização de interacção com outros membros da família, incluindo avós, primos e tios”<sup>20</sup>. Porque, “acontece que, ser pai, não corresponde unicamente a laços de sangue. Ser pai implica carinho, protecção, atenção, segurança, capacidade para formar, tratar, cuidar. Um pai é alguém que vela o sono das crianças, que brinca com elas, que as lava, veste e ajuda a comer e a vestir-se, que as ensina a andar e a falar, que lhes permite crescerem em paz, com a única preocupação de serem verdadeiramente crianças”<sup>21</sup>.

Expostos os alicerces das minhas reflexões, é o momento de oferecer os meus argumentos para a contradita. Subscrevo, parcialmente, a lei coeva, que define *maternidade de substituição* como *qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar<sup>22</sup> uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*

---

<sup>20</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara - Liberdade de Opção da Criança ou Poder do Progenitor?: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de Outubro de 2007. “Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família”. Coimbra. a.5, n.9 (2008), pp. 56/57.

<sup>21</sup> AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria - O Interesse do Menor: um Conceito Transversal à Jurisdição de Família e Crianças. “Revista do CEJ”. Lisboa. n.12 (2.sem.2009), p. 93; para mais desenvolvimentos, ALMEIDA, Susana - A Parentalidade Sócio-Afectiva... cit., , pp. 11 e ss. e BARBOSA, Heloísa - Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha - Família e Sociedade. Teoria e Prática do Direito da Família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris/IBDFAM, 2008, pp. 221 e ss.

<sup>22</sup> O legislador foi feliz no recurso à expressão “suportar”, que significa ter sobre si, aguentar, permitir, tolerar, sofrer, para enfatizar o que alguns parecem desejar esquecer, *i* e, a gravidez é um processo muitas vezes terrível e doloroso (Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013.

determinando que *são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição*<sup>23</sup>. Afasta-me da norma legal, a absurda cominação penal; apenas uma visão pancriminal e moralista justifica a criminalização dos contratos de maternidade de substituição [onerosos, como se a prova do pagamento fosse fácil de encontrar], com uma pena de prisão até dois anos (art.º 39.º)<sup>24</sup>. Não se compreende o bem jurídico protegido [ou até se compreende, uma estranha visão de moral pública apátrida no nosso ordenamento, que não pode ser entendida como um bem jurídico relevante], e é violador do princípio fundamental da intervenção mínima, que, se é ensinado como um dos caracteres fundamentais do direito penal<sup>25</sup>, é reiteradamente ignorado por um legislador, impotente para distinguir ilícitos de crimes; acresce que, se a norma incriminadora é inócua no que concerne a prevenção geral, é absurda no que diz respeito à prevenção específica. Como, se compreendo a motivação, não consigo sufragar que a consequência civil da violação do preceito seja que a *mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer* (n.º 3 do art.º 8.º), ainda que o não deseje<sup>26</sup> [e ainda que os beneficiários da gestação sejam os pais genéticos<sup>27</sup>]. Com efeito, “a reacção é extrema e percebe-se o intento: pretende-se desanimar o negócio, determinando que terá sempre o efeito contrário ao pretendido. A *gestante* será considerada mãe. Mas a solução é gravemente errada. A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção. O interesse prioritário é o novo ser e este

---

<sup>23</sup> Art.º n.º 8º da Lei 32/2006, de 26 de junho.

<sup>24</sup> No mesmo sentido, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 247. Acresce, que é difícil a hermenêutica do artigo, não sendo claro se apenas serão punidos criminalmente os contraentes ou se todas as restantes pessoas que intervêm no processo (v.g., médicos).

<sup>25</sup> Obliterando a máxima de S. Tomás de Aquino (*Summa Theologica*): “a lei humana não proíbe todos os vícios dos quais se abstêm os virtuosos, mas apenas os mais graves: aqueles que a maior parte da multidão pode evitar, e sobretudo os que prejudicam os outros, sem cuja proibição a sociedade humana não pode sustentar-se”.

<sup>26</sup> Aliás, a aplicação do regime da nulidade é disparatado, *in casu*; em sentido semelhante, ainda que sem o recurso ao tabuismo, que é de minha responsabilidade, PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 271.

Refira-se, no entanto, que se o contributo genético for do pai contratante, este poderá sempre requerer a custódia da criança, compondo-se, desta forma, este dislate legislativo.

<sup>27</sup> Como sublinham COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 246.

é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação”<sup>28</sup>. E é insofismável que o superior interesse da criança não se coaduna com uma maternidade imposta como sanção.

Refira-se que a solução oferecida não é nova e no regime jurídico anterior à Lei n.º 32/2006, de 26 de junho, no silêncio da norma, já se sufragava a proibição do *contrato de gestação*, com fundamentações múltiplas e de heterogénea solidez<sup>29</sup>; assim, traziam-se à colação os conceitos indeterminados de salvação, previstos no art.º 280.º do CC, que comina com nulidade os contratos contrários à ordem pública e bons costumes<sup>30</sup> [que, *data venia*, me parece um argumento pueril, no momento coevo], que, a renúncia antecipada à situação jurídica de mãe, colide com a proscrição da abdicação antecipada dos direitos de personalidade, - invocada no art.º 81.º do CC - [argumento que seria destruído se após o parto se confirmasse essa renúncia], que constitui uma distorção do instituto da adoção, e, ainda, estabelecendo uma *analogia legis*, justificável, com o estatuído para a adoção, arguia-se que o consentimento da mãe para a adoção, apenas é válido seis semanas após o parto (n.º 3, do art.º 1982.º do CC), por razões justificadas que não podem ser liminarmente obliteradas, sendo axiomático, quando o procedimento utilize os óvulos da *gestante*.

A narrativa dos apologistas da maternidade de substituição [*contradictio in terminis!*], dos contratos de gestação nas suas palavras, tende a partir de um argumento jurídico válido e ponderoso e de uma propaganda publicitária, que

---

<sup>28</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. Lisboa: Revista da ROA. Ano 67, Vol. III (Dez. 2007), p. 997. Entende o A. que se o óvulo é da gestante, esta é a mãe; se o óvulo é da beneficiária, esta é a mãe; se é de terceira pessoa, *i e*, da fornecedora das gâmetas, o novo ser não tem mãe (*Ibidem*, p. 998).

<sup>29</sup> Neste sentido, v.g., OLIVEIRA, Guilherme – Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. Lisboa: Revista da Roa. Ano 49 (1989), pp. 788 e ss.

<sup>30</sup> Mormente, quando onerosa; assim, CARDOSO, Augusto Lopes – Procriação Humana Assistida. Lisboa: Revista da Roa. Ano 51 (1991), p. 13. Subscreevo, porquanto, ao atribuir o preço a uma criança (porque, sem eufemismos, é disso que se trata), podemos encontrar uma ofensa aos bons costumes.

Um inteligente argumento é oferecido por Marta COSTA e Catarina LIMA; dizem as AA. que, se estes contratos fossem violadores dos bons costumes/ordem pública, seriam nulos por natureza, pelo que, seria despidianda uma norma específica, pelo que, existindo esta, poderá concluir-se que estes contratos não ferem aqueles princípios (COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 253).

carrega o vício da demagogia do marketing<sup>31</sup>; começo por desconstruir o trivial, para depois meditar sobre o essencial.

Dessarte, juntamos duas mulheres extraordinárias, que se amam com devoção ou dois homens cujo amor lhes deu forças para derrubar os *moinhos de vento* da ignorância, falam-nos do desejo da parentalidade, comovem-nos com a robustez dessa vontade e fazem-nos amaldiçoar a mesquinhez do mundo que lhes nega a felicidade. E, no circo mediático propagandístico que, na sociedade atual, ocupa o espaço que um dia foi do jornalismo<sup>32</sup>, onde se procura a emoção e não a razão, somos condicionados a aceitar acriticamente a solução, sem cogitar que, tal como Jano, a ética também tem duas faces. Se a legítima pretensão de parentalidade [e escrevo pretensão, porque não existe um Direito à procriação<sup>33</sup>], daqueles casais de publicidade, que convoca a nossa empatia e, indubitavelmente, estou convicto que alguns iriam ser pais extraordinários (e outros medianos, e outros muitos maus, como em todas as circunstâncias da parentalidade, porque a comunidade homossexual não se constrói nem com deuses nem com diabos), não podemos extasiar-nos com as folhas e esquecer de interpretar a floresta, ou seja, obliterar a existência de uma terceira pessoa, cujo estatuto jurídico não pode ser ignorado.

Porque, quando os prosélitos da solução evocam a terceira pessoa, a *contraente gestante*<sup>34</sup> [a frieza da expressão não é por ingenuidade], exortam-

---

<sup>31</sup> Sem itálicos, porquanto, a locução tornou-se tão banal que perdeu a natureza linguística de estrangeiro.

<sup>32</sup> O que não seria expectável: como sublinha um comentador de 1892, o impacto da democratização da imprensa foi de tal forma importante, que um habitante de uma pequena aldeia tinha uma compreensão mais ampla dos assuntos contemporâneos do que um primeiro-ministro um século antes, sendo a leitura do jornal, nas palavras de Hegel, “a oração matinal do homem moderno” (conforme GIDDENS, Anthony - *As Consequências da Modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 71).

<sup>33</sup> Opinião que não faz o pleno na doutrina; nesse sentido, *vide*, DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 66. Mas, e ainda que existisse uma dimensão positiva do direito a procriar, importa nunca esquecer, este direito não seria absoluto, sempre sujeito às limitações dos n.º 2 e 3, do art.º 18º da CRP.

Para uma resenha sobre a literatura jurídica portuguesa sobre o tema, *vide*, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva - *A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), pp. 259 e ss.

<sup>34</sup> Na perspetiva da gestante o processo tem quatro fases: “concepção ou implantação de embrião; gravidez; parto; e entrega da criança à mãe de recepção, com reconhecimento de que esta é a titular das situações jurídicas maternas” (PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito da Família Contemporâneo*. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, pp. 260/261).

nos a acreditar que existe consentimento desta, pelo que, apenas importa aferir se o consentimento é livre, sério, esclarecido. E, reconheço, a premissa é sólida. Estamos no âmbito da liberdade contratual, da autonomia da vontade, pelo que, se determinada Mulher der o seu consentimento, a proibição legislativa é uma inadmissível limitação à sua liberdade de decidir sobre si e sobre o seu corpo<sup>35</sup>. E, sem dificuldade, podemos jogar para o debate vários princípios constitucionais, sempre passíveis de ser travestidos para oferecer erudição a qualquer argumento<sup>36</sup>.

Mas este vício desconstrutivista obriga-me a escarpelizar o axioma [bem ciente do risco de pensar criticamente]. *Ab initio*, recordando o óbvio: a liberdade individual não é um valor absoluto, e, muitas decisões individuais, que não interferem com terceiros, são proscritas (v.g., eutanásia, duelos, ofensas à integridade física graves, venda de órgãos, etc.), pelo que, a liberdade de decisão da Mulher, também aqui, terá de passar pelo crivo da conformidade com os direitos fundamentais. Porque, ensinou-me a melhor doutrina, há limites à livre disposição do próprio corpo<sup>37</sup> e o *aluguer do útero* será, indubitavelmente, um dos casos que, no mínimo, convoca reflexão.

Permita-se-me a demagogia, porque a hipérbole é sempre uma boa ferramenta de retórica: cogitemos que uma qualquer adolescente, independentemente da sua idade, se apaixonava pela Marie-Thérèse Walter, de Picasso, e desejava uma operação estética que lhe oferecesse os mesmos contornos (ou que se concretizava o sonho da personagem *Barney Stinson* da icónica série *Who I met your mother*, que sonhava que as suas parceiras íntimas tivessem um outro par de seios embutidos nas costas<sup>38</sup>); o princípio da livre

---

<sup>35</sup> Ainda que o sistema romano-germânico contenha mais restrições à autonomia privada do que o sistema americano, como recorda PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, pp. 264/265.

<sup>36</sup> Ignorando que estamos a jogar no lixo dos séculos de tradição de proteção das partes mais débeis nos contratos (v.g., proteção do consumidor, do trabalhador), agarrados a uma interpretação ultra-liberal do Direito, em que bastaria um putativo interesse recíproco para legitimar uma transacção jurídica.

<sup>37</sup> Sobre o tema, vide, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), pp. 264 e ss.

<sup>38</sup> O exemplo é um desvario académico, uma *reductio ad absurdum*, mas, se trouxermos à colação as cirurgias de aumento dos seios, determinadas pela estética da pornografia nos anos noventa, em que se inseriam litros de silicone nestas mulheres, constatamos que o absurdo é mais aparente que real.

disposição do corpo deverá tutelar esta distinção?<sup>39</sup> Ou, por hipótese, se uma pessoa, decidisse vender um órgão não vital, para pagar a universidade dos filhos? Ou, ainda, mantendo a hipérbole, se uma pessoa desejasse alienar um órgão vital para garantir a sobrevivência económica da família, também podíamos continuar alegremente a acenar com o manto constitucional do direito à liberdade de disposição do corpo? Ou, se a existência de uma contrapartida económica for obscena, por que limitar este contrato quando gratuito, carregado do maior altruísmo possível, que consistiria em oferecer a sua vida pela vida de outro (de uma mãe, por um filho, para que estas palavras tenham verossimilhança)?

Já são mais tímidas as minhas críticas sobre a questão da *venda* do corpo, porque não ignoro que o corpo é hoje uma mercadoria; não apenas surgem diversos estudos que indiciam que as pessoas bonitas têm melhores empregos<sup>40</sup> [o que ajuda a explicar que eu esteja condenado a ser docente num politécnico de província], como há empregos em que os caracteres físicos são indispensáveis ou de crucial importância.

Mas, se ganhar dinheiro com a exploração do corpo é uma realidade histórica, sendo que este é um ponto colossal na minha reflexão, o que devemos entender por consentimento livre para alienação do corpo? Se avocarmos *as Meninas de Avignon*, também de Picasso, facilmente compreendemos que, para se ser obrigado, não é preciso que alguém nos ordene. As jovens retratadas no *Bordel Filosófico*, frequentado pelo pintor, alugam o corpo, sem a pressão de uma arma, fitam-nos, provocativamente, como se nos convidassem a deliciar-nos com seus corpos (as duas prostitutas ao centro), mas, a estranha beleza do quadro não nos deve ofuscar a reflexão e obliterar a pergunta: aquelas mulheres realmente consentiram na prática da prostituição ou a vida condenou-as a alugar o seu sexo, para deleite de quem tem dinheiro para o usar? Porque, não podemos escamotear, “a “vontade livre” de Kant já não cai do céu como uma qualidade de seres inteligíveis. A autonomia será antes uma conquista precária de existências finitas que, só

---

<sup>39</sup> Por todos, *vide*, NETO, Luísa - O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, *passim*.

<sup>40</sup> Por exemplo, *vide*, Revista Galileu [Em linha]. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI265112-17770,00.html> [cônsul. 16 fev. 16].

tendo em vista a vulnerabilidade física e dependência social, conseguem adquirir algo como a sua “força”<sup>41</sup>.

Avocar a prostituição não é uma metáfora, antes um paralelismo<sup>42</sup>: porque a maternidade de substituição é uma outra condenação sobre o universo feminino, “perturbadora da condição de mulher”<sup>43</sup>, e pode ser instrumentalizada como mais um meio espúrio para garantir a subsistência<sup>44</sup> [ou a possibilidade de se perder no deleite do consumismo], vendendo aos outros o que de mais íntimo há em si, gerando uma criança para terceiros que, mesmo não sendo geneticamente seu filho, é fruto do seu ventre (originando um inevitável vínculo afetivo e biológico com a criança que tem dentro de si)! Podemos agarrar-nos a eufemismos, denominar esta Mulher de gestante [*ou portadoras*<sup>45</sup>], mas, nem todo o cinismo do mundo pode obliterar que aquela criança é gerada por aquela Mulher, com toda a complexidade física e simbólica de uma gravidez, sendo que, “a gestação cada vez é considerada mais importante no processo biológico da maturação fetal, isto é, a genética não é tudo e hoje valorizam-se as trocas biológicas entre a gestante e o feto”<sup>46</sup>. Aliás, não é por razões médicas que, no *estado da arte* atual, nos países onde a maternidade de substituição é reconhecida, esta operacionaliza-se pelo recurso

---

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen - O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal. Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 76.

<sup>42</sup> O que já não subscrevo é a equiparação à escravatura; sobre o tema, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 266.

<sup>43</sup> As palavras furtei-as a Pamplona CORTA-REAL, que num primeiro momento, afirmou que “uma gestação integral [é] necessariamente perturbadora da condição de mulher” (*apud*. PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 270; refira-se que a opinião do A. evoluiu, aceitando hoje a pertinência jurídica dos contratos de gestação para outrem.

<sup>44</sup> Porque, como nos ensinou Ferreira da CUNHA, em diálogo com ARISTÓTELES, “se o fogo queima igualmente na Grécia e na Pérsia, já o direito é visivelmente sujeito a variações” (CUNHA, Paulo Ferreira da - *O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 60), e é preciso não ignorar as aporias e especificidades do espaço geográfico para o qual se legisla; há quase 20% dos portugueses em risco de pobreza, os jovens parecem condenados à emigração ou castrados pela precariedade, pelo que, a desesperança, é o principal estímulo para escolhas pueris e parcamente ponderadas.

<sup>45</sup> Expressão que tenta fazer um corte umbilical entre esta mulher e a criança que nasceu no seu ventre.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Guilherme de - O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza. “Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família”. Coimbra. a.5, n.10 (2008), p. 14



uma terceira mulher<sup>47</sup> (a dadora do óvulo), de forma a blindar juridicamente a legítima pretensão daqueloutra a conservar a criança que gerou no seu ventre.

Cientes da insofismável veracidade da premissa, os defensores da licitude da conduta, promovem uma alteração legislativa<sup>48</sup>, em que apenas seria possível a maternidade de substituição gratuita. O que é uma falácia<sup>49</sup>! Mesmo Vera Raposo, *ex professo* defensora da legalidade dos contratos de gestação, não apenas reconhece o sofisma, como, num sentido que subscrevo, defende mesmo que o contrato de gestação nunca poderia ser celebrado com uma familiar (que, são os únicos casos, plausíveis, de comodato do útero). E fá-lo por ponderosas razões: a familiar a quem é pedido que aceite ser *mãe de aluguer*, testemunha privilegiada de um longo e destrutivo martírio de um casal que, não obstante o homérico esforço para alcançar *Ítaca*, vê-se na situação inelutável de anuir, de suportar o que para a maioria das pessoas seria insuportável, impotente para se tornar a ninfa *Calypso* que vai matar o sonho dos seus familiares inférteis. Porque, efetivamente, pedir (exigir) a uma mãe (avó<sup>50</sup>), uma irmã que seja gestante da desejada criança<sup>51</sup>, é colocar aquela Mulher perante a *escolha de Sofia*. O que não pode ser juridicamente admitido como consentimento.

Pelo que, vamos discutir a questão sem falácias, nem sofismos: na quase unanimidade das situações, a maternidade de substituição é uma prestação de

---

<sup>47</sup> Refira-se que podemos ter até cinco pessoas envolvidas neste processo; os beneficiários, a dadora do óvulo, a dadora do útero e o dador do sêmen.

<sup>48</sup> Reporto-me, v.g., ao Projeto de Lei 122/XII, disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailhIniciativa.aspx?BID=36633> [consult. 18 fev. 2016].

<sup>49</sup> Quando sentimos o latejar da realidade, apreendemos que, a título de despesas de compensação, a gratuidade é onerosa.

<sup>50</sup> Sendo que, dada a biologia da idade, estas mulheres já habitam na menopausa, pelo que, antes da introdução do embrião, têm de ultrapassar toda uma complexa estimulação hormonal que as torna aptas para ser gestantes.

Para uma visão daquela que ofereço, *vide*, as opiniões recolhidas por ÁLVARES, Cláudia – Entre o Social e Biológico: Repensando a Maternidade à Luz das Novas Técnicas de Reprodução Assistida. Lisboa: Revista Lusófona de Estudos Culturais. Vol. 3, n.º 1 (2015), pp. 105/106.

<sup>51</sup> E trago a temática à colação, porquanto, se atendermos, v.g., à realidade brasileira, estatuída na Resolução CFM n.º 2.103, de 2013, deverá existir um parentesco consanguíneo de até ao quarto grau entre a gestante de substituição e os beneficiários do projeto parental.

serviços, onerosa<sup>52</sup>, bem remunerada (mitigadamente, urge precisar, porquanto, a remuneração das mães de aluguer é considerada tão elevada no ocidente, que a indústria da procriação medicamente assistida deslocalizou-se para mercados mais atrativos e, nos últimos anos, temos assistido ao nascimento de fábricas de crianças em países como a Índia ou Ucrânia<sup>53</sup> [e não são as palavras que são cruéis, é a realidade que é fria!]); e, não se me acuse de individualismo egoísta, porque é o realismo que trago à colação. Destarte, toda a problemática se resume a uma única e singela questão: é lícito celebrar contratos de aluguer do útero? É um avanço civilizacional permitir a uma Mulher "oferecer um filho àqueles que o desejam, mas não o conseguem por si sós, [pelo que] representa uma oferta de valor inestimável, porquanto é uma dádiva de vida"<sup>54</sup> ou, pelo contrário, estamos a transformar o eterno feminino em *incubadoras com pernas* numa intolerável *coisificação da mulher*?<sup>55</sup>

Não sou insensível ao desejo de muitos homens e mulheres se realizarem na parentalidade; compreendo a sua dor, mágoa e frustração. E, junto os meus sentimentos aos de todos aqueles que se comovem com as histórias sofridas, de quem tudo tenta para alcançar este sonho, [e, tantas vezes, os sonhos se confundem com obsessões], como, não ignoro que, homens e mulheres

---

<sup>52</sup> E, é um precário argumento, arguir a indignidade de ganhar dinheiro com o nascimento de uma criança, é branquear que médicos, enfermeiros, anestesistas, laboratórios de análises, pediatras, donos das creches e infantários, também o fazem e ninguém se revolta com o facto.

<sup>53</sup> Ou, no caso da ex-URSS, em que mulheres eram pagas para produzir embriões e emprestar o seu corpo para gestação, com intervalo de 30 meses (conforme, NETO, Luísa - O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 596.

<sup>54</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 87/88. Partindo da premissa, ensina a A. – o direito à vida como o mais básico dos direitos humanos, entendendo, assim, que "todas as acções que o fomentem ou favoreçam terão que ser legalmente admitidas" (*Ibidem*). Em sentido semelhante, também se pronuncia, Duarte PINHEIRO, que encontra fundamento para a licitude destas práticas no art.º 24º do texto constitucional, num princípio de favorecimento da vida humana (PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 267).

<sup>55</sup> Recordo palavras alheias para que as minhas não fiquem sozinhas; "de facto, a gestação e entrega de uma pessoa, a troco de dinheiro, atenta contra o valor da dignidade humana: a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objecto, ao resultado de uma actividade" (PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito da Família Contemporâneo*. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 268). Neste contexto, compreende-se a expressão adotada por Luís ARCHER quando fala na "instrumentalização da mulher que fica como que reduzida a uma máquina de gestação" (ARCHER, Luís - *Da Genética à Bioética*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2006, pp. 231/232).

portuguesas estão a realizar turismo médico [“turismo de inseminação”<sup>56</sup>], correndo múltiplos riscos<sup>57</sup>, para conseguir no estrangeiro o que o país lhe veda. Que se somam as situações de fraude à lei, de homens e mulheres que mentem<sup>58</sup> sobre o nascimento dos seus filhos [sem itálicos nem aspas, porque não nego que as crianças que nasceram de barrigas de aluguer no estrangeiro sejam filhos dos contraentes] para legalizarem o ilícito. Mas a consciência que tenho destas insofismáveis verdades não me faz embarcar em teses utilitário-pragmáticas, pelo que sustento que os valores da moral e da ética não podem ser párias no Direito, porque, se o despirmos de valores<sup>59</sup>, perde o seu significado maior, não fosse o direito *a arte do bom e do justo*, consubstanciado numa *constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu*<sup>60</sup>.

E para que o Direito não se transforme em direito, não pode sucumbir-se numa jurisprudência de sentimento ou construir-se com doutrinas de piedade; a *caixa de Pandora* não estava encerrada por teimosia ou mesquinhez de Zeus e, não podemos fingir ignorar que, concomitantemente com os casais para os quais a maternidade de substituição é a última alternativa possível, depois de uma dolorosa peregrinação, concorrem casais férteis, cujas mulheres desejam ter “filhos”, mas não pretendem passar pelas tormentas da gravidez [passível de estropiar os seus corpos perfeitos], impedir objetivos profissionais, homens que querem ser pais sem passar pelo incómodo de os filhos terem mãe e aqueles que interpretam a parentalidade como meio para um qualquer fim escuso, pelo que, permitindo-se a uns o recurso à maternidade de substituição é, tecnicamente, muito complicado vedá-lo a outros<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> NETO, Luísa - O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 597.

<sup>57</sup> Escrevo consciente que, também pela ilegalidade da prática, estamos a expor portugueses a abusos e extorsões; com efeito, e apesar de não ter conhecimento de nenhum caso que envolva portugueses, por certo que os há, nomeadamente situações em que a gestante se aproveita da fragilidade emocional do casal contratante, para extorquir dinheiro, sob ameaça de não lhe entregar o filho.

<sup>58</sup> Para evitar as consequências que decorrem do Parecer de 23 de março de 2012, do Instituto dos Registos e do Notariado que, à luz da legislação coeva, deverá subscrever-se.

<sup>59</sup> E, neste sentido e sobre o tema, é obrigatório ler HABERMAS, Jürgen - O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugénia Liberal. Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 57 e ss.

<sup>60</sup> Recorro aqui à sapiência de ULPIANO, no Digesto.

<sup>61</sup> Uma das razões pelas quais não subscrevo a proposta do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida que defendia uma alteração legislativa nos termos *infra* expostos:

Como, impõe-se recordar [sendo que as minhas palavras neste texto apenas se podem compreender num sentido holístico], a parentalidade poderá ser alcançada através de meios menos invasivos<sup>62</sup>; já deixei escrito que sou favorável à adoção por casais do mesmo sexo, a adoção singular é uma realidade [no direito] e, nada deve obstar a que toda e qualquer Mulher, solteira, casada ou unida de facto com outra mulher, possa recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida (e, nem me parece que seja preciso alterar a norma, porquanto, no que concerne aos casais lésbicos, a proibição constante no art.º 6.º da lei *supra* referida<sup>63</sup> está ferida de inconstitucionalidade, por violar o princípio da não discriminação e, no caso das mulheres solteiras, colide com o primado da igualdade).

Permitir o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida a casais lésbicos<sup>64</sup> e proibi-lo a casais masculinos homossexuais é uma contradição apenas aparente, não pecando pelo vício da discriminação<sup>65</sup>; Aristóteles ensinou-nos [o que muitos parecem desejar esquecer] que *devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade* e, a questão da procriação, não é uma temática de género, mas de sexo<sup>66</sup>, pelo que, permitir às mulheres o que se nega aos homens, não é uma

---

3. A título excepcional, é admitida a celebração de negócios jurídicos de maternidade de substituição nos casos de ausência de útero na parceira feminina do casal.

4. Para além das situações previstas no n.º anterior e sempre a título excepcional, o CNPMA, ouvida previamente a Ordem dos Médicos, pode autorizar a celebração de negócios jurídicos.

<sup>62</sup> Algo também enfatizado pela *Donum vitae*, publicada pela Congregação para a Doutrina da Fé, em 22 de fevereiro de 1987.

<sup>63</sup> Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA. Refira-se que, sendo esta redação anterior à legalização do casamento homossexual, exige uma interpretação restritiva.

<sup>64</sup> E, neste caso, sou tudo menos original; já em 1945, Egas Moniz (Prémio Nobel da Medicina) defendia a possibilidade de as mulheres solteiras terem acesso à fecundação artificial. Dizia o A. que “se uma mulher solteira ou divorciada, sem descendência directa, estiver em condições físicas e materiais de ter um filho, por este processo, alguém poderá, com justiça, negar-lhe esse tratamento fecundante?” (*apud*, CARDOSO, Salvador Massano - PMA - Para quê, para quem, com que custos? As Leis da IVG e PMA - Uma apreciação bioética. Porto: Ciclo de Conferências CNECV/2011, p. 15).

<sup>65</sup> Em sentido contrário, NETO, Luísa - O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 599.

<sup>66</sup> A locução “género” designa as diferenças historicamente construídas entre o mundo masculino e o mundo feminino, sendo que, a palavra “sexo” reflete a realidade biológica (no mesmo sentido, ABOIM, Sofia - *A Sexualidade dos Portugueses*, cit., p. 30 e BELEZA, Teresa - *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 63).

obsessão pela doutrina do meio-termo peripatética, mas o reconhecimento das diferenças biológicas. Dessarte, uma mulher que deseje engravidar, pode optar por uma inseminação artificial caseira<sup>67</sup>, adquirindo o sémen na internet<sup>68</sup> ou recorrendo à doação de um amigo, ou entregar-se a um desconhecido num bar [ou viajar até Espanha onde a lei o permite<sup>69</sup>]; os homens não! Porque a biologia ainda é biologia!

E, mesmo que as minhas inquietações e dúvidas fossem hipérboles vazias, que se lhes pudesse aplicar o aforismo de David HUME e *devam ser jogadas ao fogo, pois contém apenas sofismas e ilusões*, as mesmas não devem ser desprezadas, sem cuidada reflexão [não fosse esta uma temática de Bioética<sup>70</sup>], porquanto, uma viagem séria ao cerne desta problemática, não pode ignorar as dificuldades que decorreriam da legalização dos *contratos de gestação*, um verdadeiro trabalho de Sísifo, cujas complexidades não podem ser soterradas para uma regulamentação posterior ou ficar ao livre arbítrio da normação

---

<sup>67</sup> Algo que a doutrina, desde há anos, não ignora, como, v.g., CORTE-REAL, Carlos Pamplona – Homoafectividade: a situação jurídico-familiar em Portugal. In: DIAS, Maria Berenice/PINHEIRO, Jorge Duarte Pinheiro - Escritos de Direito das Famílias: uma Perspetiva Luso-Brasileira. Porto Alegre: Magister Editora, 2008, p. 35.

Via de regra, mulheres solteiras ou parceiras numa relação/casamento, solicitam a alguns amigos o seu esperma, colocam em frascos [solicitar a mais de um, relaciona-se com o facto de não existir uma certeza da paternidade], baralham-nos, e inseminam-se em casa com recurso a instrumentos estimuladores de borracha, muitas vezes durante um ato sexual, para existir uma indução hormonal natural que aumente as probabilidades de sucesso do procedimento.

Sublinhe-se que esta “inseminação artificial caseira”, não apenas apresenta diminutas estatísticas de sucesso, assim como não é imune a problemas; não apenas o “dador de esperma” pode, posteriormente, desejar exigir os direitos de paternidade [neste sentido, *vide*, a petição 16944/90, de 8 de Fevereiro de 1990, M/Países Baixos à Comissão Europeia dos Direitos do Homem], como a “recetora” pode exigir-se a ele o cumprimento dos correlativos deveres, como, no caso dos casais lésbicos, no fim da relação, a mãe (biológica) poderá negar o exercício dos direitos de maternidade à mãe (social ou de afeto) [conforme referência de Marta Costa, em conferência na Faculdade de Direito da UNL].

<sup>68</sup> Prática que poderá consubstanciar um crime, como é sublinhado pelo Presidente do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), em reportagem ao Jornal Público (disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/mulheres-que-inseminam-esperma-comprado-na-internet-estao-a-cometer-crime-1717625> [consult. 15 de fev. 16]).

<sup>69</sup> Não deixa de ser um estranho paradoxo que algumas mulheres que, há alguns anos, se deslocaram a Espanha para realizar abortos, proibidos em Portugal, regressem agora para engravidar, porque a lei portuguesa o proíbe.

<sup>70</sup> Que, numa pincelada apressada, pode definir-se como a necessidade de harmonizar os progressos da tecnologia com as exigências éticas numa sociedade, *i e*, o estudo da conduta humana na área das ciências da vida à luz dos princípios e valores que devem ser omnipresentes numa dada sociedade (já tenho mais dificuldade em defender a autonomia de um putativo Biodireito).

privada, em complexos contratos com obscuras cláusulas, que se alimentam da iliteracia jurídica dos contraentes.

Admito, algumas das limitações aos direitos de personalidade, que são parte do *ethos* deste contrato (não consumir bebidas alcoólicas, cigarros, estupefacientes, não ter relações sexuais não protegidas, não praticar desportos ou atividades de risco, frequentar as consultas médicas necessárias, ter cuidados com a alimentação, etc.), não suscitam problemas substancialmente diferentes aos que já conhecemos de outros contratos, cuja desconformidade com a lei nunca foi invocada<sup>71</sup>, pelo que, não sem algum desconforto, também concluo pela licitude. Mas, outras cláusulas que constariam da lei ou do contrato, exigem ser escalpelizadas.

Desde logo, como consagrar o direito ao arrependimento<sup>72</sup>? O mesmo extingue-se com a assinatura do contrato, com a conceção ou implementação do embrião, ou dez semanas após a fecundação, *i e*, no prazo legal para o aborto livre? Ou, o arrependimento pode prolongar-se até à entrega da criança<sup>73</sup> e, neste caso, poderá a *gestante*, no final da gravidez, conservar para si a criança<sup>74</sup> (solução que está prevista na lei atual, por maioria de razão)? Devemos erigir uma solução jurídica diferente para os casos da reprodução heteróloga? E se a *mãe gestante* se recusar<sup>75</sup> a reconhecer que a *mãe de receção* é a titular das situações jurídicas maternais, deverá existir uma solução *ipso iuri* por força do contrato? E, nos casos atípicos, em que o contrato de maternidade de substituição se faz através da comunhão sexual, continuamos a poder aceitar a recusa da “gestante” ao estatuto jurídico de mãe? E, terá a *gestante* o direito de conviver com a criança, depois da entrega e consequente

---

<sup>71</sup> Embora, importa não escamotear, a operacionalidade destas cláusulas contratuais tem aporias que devem ser mesuradas; que decisão judicial vai impor o cumprimento destes deveres e como executar esta decisão (no mesmo sentido, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 270).

<sup>72</sup> Que, sublinhe-se, é fundamental nesta querela, porque, tratamos de direitos de personalidade, sujeitos ao primado da livre revogabilidade.

<sup>73</sup> Posição perfilhada pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, enfatize-se!

<sup>74</sup> E, sublinhe-se, toda a descarga hormonal que é contemporânea do parto, faz a gestante/mãe de substituição desejar ficar com a criança. Sobre a recusa, *vide*, o caso avocado por PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 258 e ss.

<sup>75</sup> Pelo seu pioneirismo, *vide*, o caso que ficou conhecido como Baby M, disponível em: [https://en.wikipedia.org/wiki/Baby\\_M](https://en.wikipedia.org/wiki/Baby_M). [consult. 19 de fev. 16].

renúncia aos seus direitos de maternidade? E que requisitos deverá ter a *gestante* para poder celebrar o contrato? Uma prévia maternidade deverá ser obrigatória, para permitir que o consentimento seja, verdadeiramente, esclarecido?

E, se o direito ao arrependimento for operante, há lugar a indemnização pelos danos morais? Pode o contrato estipular uma cláusula penal que, se for muito elevada, se vai traduzir numa impossibilidade prática ao exercício do direito ao arrependimento?

Tomando agora a outra perspetiva, poderão os “pais-contratante” exercer o seu direito ao arrependimento depois da fecundação, exigindo uma interrupção voluntária da gravidez [e, podemos chamar interrupção voluntária da gravidez a uma intervenção exigida por terceiros e temida pela grávida, por rezear a responsabilidade contratual?]? Poderá a “família-contratante”, insatisfeita com o resultado da gravidez, recusar receber a criança? E se a criança não tiver as características desejadas por facto imputável à gestante [e, sem eufemismos, falo dos casos de crianças portadoras de deficiência], quem fica *obrigado* a conservar a criança? E se a culpa se dever a terceiros, mormente erro médico? Ou do contratante, em virtude do seu contributo biológico? Ou do contributo biológico da terceira<sup>76</sup> que doou o óvulo? Ou, se existir dador heterólogo, o vício for imputável a este?

E quando existe inadimplemento do contrato? Se, *v.g.*, a *gestante*, não obstante se ter obrigado a não ter relações sexuais desprotegidas incumprir e a criança não tiver o contributo biológico do contratante ou do dador externo, mas for biologicamente filha do parceiro da gestante?<sup>77</sup> Também neste caso se aplicariam as putativas regras que vedariam o direito ao arrependimento?

E, se todos os meus argumentos ruíssem, existisse um consenso para permitir o recurso a uma mãe gestante (ou mãe uterina), com contributos

---

<sup>76</sup> Mercenária, nas palavras de ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. Lisboa: Revista da ROA. Ano 67, Vol. III (Dez. 2007), p. 998.

<sup>77</sup> E não se pense que estes casos brotam da mente delirante da insónia jurídica; a imaginação da realidade é mais rebuscada para a ficção e basta recordar um caso ocorrido nos Estados Unidos da América [que nos recorda a lei de Murphy, expressa no aforismo *qualquer coisa que possa correr mal, ocorrerá mal, no pior momento possível*] em que a gestante violou a imposição contratual de não ter relações sexuais com o seu parceiro, engravidou deste, tendo a criança nascido com uma microcefalia, em virtude de ter sido infetada por um citomegalovírus, em virtude do esperma do homem contratante.

biológicos heterólogos<sup>78</sup>, qual a razão jurídica moralmente fundamentada (neste contexto), para impedir que uma mãe, gratuitamente, oferecesse o seu filho a um casal?

Sou frontal e reconheço que me falta a *varinha mágica de Cire* que me permitiria oferecer respostas; mas escrevo convicto que o caminho da *Doxa* para a *Episteme* exige primeiro as perguntas e só depois as respostas<sup>79</sup>. Devemos ter a humildade de reconhecer que, se esta discussão fosse um quadro, seria uma pintura do barroco, com os seus traços não lineares que indiciam conflito, com toda uma intensidade dramática, um jogo de luz e sombra [em que os digladiadores não resistem a projetar a visão do observador para as suas premissas], onde abundam as questões e nos faltam as respostas, pelo que, é temerário acenar com verdades absolutas, sustentadas em epicurismos amorais, motivadas por uma necessidade de pós-modernismo acrítica, ou, tão somente, para lançar vento na esfera pública.

**Hugo Cunha Lança**  
Doutor em Direito

---

<sup>78</sup> Possibilidade criticada na doutrina, porquanto, nesta circunstância, não estaria em causa um direito a procriar (assim, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 264).

<sup>79</sup> E, recorro ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que oferece uma súmula feliz: “A gestação de substituição merece objecções, dúvidas ou, no mínimo, gera controvérsia relativamente a questões normalmente relacionadas com eventual mercantilização de uma área que se pretenderia imune a lógicas de mercado, exploração e instrumentalização das mulheres, comercialização e coisificação de bebés, degradação ou afectação do valor simbólico da gestação e da maternidade, para além das dificuldades em estabelecer uma regulação adequada das condições que devem enquadrar os respectivos negócios jurídicos em termos que atendam aos vários interesses em presença” (Parecer n.º 63/CNECV/2012, p 8).





**Data**  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 06 • Novembro 2016

