



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

## Um parto difícil

### Da (in) constitucionalidade da gestação de substituição

Entende-se por gestação de substituição “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”, conforme resulta do art. 8.º, n.º 1 da lei n.º 32/2006, de 26 de julho com as alterações introduzidas pela lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

Quando a lei n.º 32/2006 veio regular as técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) proibiu expressamente (art. 8.º) o recurso à gestação de substituição (denominada de maternidade de substituição), independentemente da realização a título gratuito ou onerosa. No caso de violação daquele disposto, o negócio era considerado nulo e a filiação estabelecia-se em relação à gestante nos termos gerais do Código Civil: a gestante era considerada a mãe da criança.

Dez anos volvidos, e após o veto inicial do Presidente da República, foi aprovado o acesso à gestação de substituição pela promulgação da lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Trata-se de um acesso limitado, pois apenas é permitida em casos de ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher (natural ou com recurso a técnicas de PMA) ou em situações clínicas que o justifiquem (ficando em aberto quais são essas situações...) conforme resulta da atual versão do n.º 2 do art. 8.º da lei n.º 32/2006. Assim, o acesso à gestação de substituição tem carácter excepcional e os contratos apenas podem revestir natureza gratuita (salvo as despesas resultantes do tratamento de saúde). A lei proíbe a gestante de ser a dadora de gâmetas no procedimento em que é participante e limita o acesso a casais (heterossexuais ou de mulheres), porquanto é necessário a utilização de material genético de, pelo menos, um dos beneficiários. A criança que venha a nascer será considerada filha dos beneficiários. Por fim, a celebração do contrato de gestação de substituição está dependente de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) e audiência prévia (ainda que o parecer não seja vinculativo) da Ordem dos Médicos.

Um ano depois, com o decreto-regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, procedeu-se à regulamentação da gestação de substituição. De imediato surgiu o primeiro pedido de recurso à gestação de substituição em que a gestante é a mãe da beneficiária (futura avó da criança). A lei teve impacto além-fronteiras: diversos casais estrangeiros, destacando-se os de nacionalidade espanhola, têm procurado Portugal com o único interesse de se inscreverem no procedimento, uma vez que o decreto-regulamentar não limitou o acesso aos cidadãos nacionais. Portanto, quer os beneficiários quer a gestante podem ter nacionalidade estrangeira, desde que cumpram os requisitos legais.

No entanto, a aprovação desta lei e sua aplicação está longe de ser consensual, já tendo feito correr muita tinta. Em fevereiro de 2017, um grupo de deputados do CDS e do PSD entregou um pedido de fiscalização da constitucionalidade abstrata sucessiva daquela lei (e de outras questões atinentes à PMA). Os argumentos que fundamentaram o pedido coincidem, em grande medida, com as principais críticas apresentadas à gestação de substituição. Aguardava-se com grande expectativa a decisão do Tribunal



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Constitucional (TC), o que veio a acontecer nos últimos dias com o Acórdão n.º 225/2018<sup>1</sup>. O TC pronunciou no sentido da inconstitucionalidade de algumas normas da lei, mas sem efeitos retroativos em relação aos processos terapêuticos de contratos já em execução (com exceção da inconstitucionalidade invocada quanto ao regime da nulidade previsto no n.º 12 do artigo 8.º).

O TC não considerou o diploma completo inconstitucional, começou por mencionar que a gestação de substituição não é de per si atentatória à dignidade da pessoa humana. Assim, entendeu que a gestação de substituição nos termos configurados da lei n.º 25/2016, ou seja, a gestação com cariz excecional e gratuito, limitada unicamente às situações previstas na lei, desde que verificado o consentimento dos beneficiários e da gestante, não viola o princípio da dignidade humana (nem da gestante nem da criança), tampouco o dever do Estado de proteção da infância. Ainda assim, considera que há aspetos da regulamentação legal que violam direitos e princípios fundamentais. Em concreto, o TC fundamenta a sua decisão em três argumentos principais: a excessiva indeterminação da lei (caso dos n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8.º), a ausência do direito ao arrependimento da gestante (restringida à possibilidade de revogação do consentimento prestado pela gestante apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA) e a ausência de concretização do regime de nulidade do contrato de gestação de substituição (n.º 12 do art. 8.º, pois a lei não faz distinção entre os efeitos de um contrato válido e de um contrato nulo). Destaca-se também a declaração de inconstitucionalidade sobre o direito ao anonimato dos dadores e da gestante de substituição (posição diferente do Acórdão n.º 101/2009 do TC). Os juízes do TC consideraram que o anonimato restringe em demasia o direito à identidade e ao livre desenvolvimento da criança (nascida por qualquer técnica de PMA heteróloga ou com recurso à gestação de substituição).

Por resultante, no que concerne à gestação de substituição, será necessário proceder a alterações à lei para que possam ser respeitados valores e princípios fundamentais da nossa Constituição, tais como, o princípio da determinabilidade das leis, o princípio da segurança jurídica, o direito ao desenvolvimento da personalidade conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de constituir família e o direito à identidade pessoal. Assim, o recurso à gestação de substituição está suspenso, com ressalva dos contratos já iniciados.

Em suma, o parto da gestação de substituição não está para breve: o óvulo já foi fecundado e o embrião foi implantado no útero, precisando agora de condições para que se possa desenvolver. O futuro dirá qual o tempo desta gestação e se chegará a bom termo.

### **Diana Coutinho**

Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho

---

<sup>1</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão n.º 225/2018, referente ao processo n.º 95/17, Relator: Conselheiro Pedro Machete Disponível em: <URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>>, consultado em 25.04.2018.