

RECEBIDO EM: 11/09/2019

APROVADO EM: 08/11/2019

# SUB-ROGAÇÃO UTERINA: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE CONTRATUAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA

*UTERINE SURROGACY: CONSTITUTIONALITY ANALYSIS  
OF THE CONTRACT FOLLOWING THE PORTUGUESE  
CONSTITUTIONAL COURT'S CASELAW*

*Margareth Vetis Zaganelli*

*Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Milano-Bicocca, pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna e pela Università degli Studi Del Sannio (Itália). Doutora em Direito (UFMG). Mestra em Educação (UFES). Professora Titular de Direito Penal, Bioética e Direito Comparado (UFES). Professora Visitante da Università degli Studi di Milano-Bicocca, da Alma Mater Studiorum Università di Bologna e da Università degli Studi Del Sannio (Itália). Colaboradora do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module Emerging “Moral” Technologies and the Ethical-legal Challenges of New Subjectivities.*

*Lara Abreu Assef*

*Graduanda em Direito – Universidade Federal do Espírito Santo - UFES*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Aspectos Gerais E  
Historicidade Da Prática De Sub-Rogação Uterina;

2 Caracterização Do Tipo Legal Da Gestação De Substituição; 2.1 Hipóteses De Admissibilidade; 2.2 Cláusulas De Observância Obrigatória; 3 Ação Direta De Inconstitucionalidade; 3.1 Limites À Autonomia Das Partes; 3.2 Possibilidade De Livre Revogação; 3.3 Efeitos Da Nulidade Do Contrato; 4 Notas Conclusivas; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por cerne tecer uma análise acerca da constitucionalidade das normas que disciplinam a celebração de contrato de gestação de substituição (GS), à luz da recente decisão do Tribunal Constitucional da República Portuguesa, em seu Acórdão n.º 225/2018. Com tal intento, o estudo doravante apresentado encarrega-se de expor falhas e contradições enredadas no negócio jurídico da GS, regulamentado anteriormente nas disposições legislativas n.º 32/2006 (Lei de Procriação Medicamente Assistida – PMA) e n.º 25/2016 do sistema jurídico português. Em um primeiro momento, colocam-se sob averiguação os aspectos gerais do procedimento e sua histórica incorporação ao ordenamento jurídico, elencando seus requisitos de validade. Em sequência, põe-se em xeque não apenas a nocividade das normas da Lei de PMA à autonomia das partes, mas também a necessidade assídua de adimplência contratual, em sua bilateralidade, no tangente à possibilidade de interrupção voluntária da gravidez ou revogação do acordo. Destarte, com vistas a realizar seus propósitos a contento, o trabalho faz uso de metodologia qualitativa, de cunho bibliográfico e documental, para fundamentar a tese defendida, a saber, a lesão configurada pela indeterminabilidade normativa da contratualização da sub-rogação aos direitos personalíssimos das partes contratantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sub-rogação uterina. Maternidade de substituição. Revogabilidade contratual. Procriação Medicamente Assistida. Tribunal Constitucional da República Portuguesa.

**ABSTRACT:** The present article is intended to develop an analysis of the constitutionality of the legal statement that disciplines the celebration of contracts of gestational surrogacy, following the understanding of the recent decision of the Constitutional Court of the Portuguese Republic, in its Judgement n.º 225/2018. Thusly, the study henceforth presented aims to expose failures and contradictions included in the transaction of the surrogate motherhood, regulated previously by the legal provisions n.º 32/2006 (Law of Medically Assisted Pregnancy

– MAP) and n.º 25/2016 of Portugal. At first, it is mainly exposed a brief description of the general characteristics of the procedure and its historical incorporation in the juridical system, showing all of the validity requirements. Furthermore, it is discussed, besides the harmfulness of the Law of MAP to parties' autonomy, the need of assiduous compliance to the contract, in its both sides, regarding the possibility of voluntarily interrupting the pregnancy or the revoking the legal deal. Therefore, the work is guided by a qualitative methodology, using bibliographic and documental research, providing juridical basis to the defended thesis, namely, the injury caused by the indeterminability of surrogacy business to the personal rights of contracting parties.

**KEYWORDS:** Uterine surrogacy. Gestational surrogacy. Revocability of contract. Medically Assisted Pregnancy. Constitutional Court of the Portuguese Republic.

## INTRODUÇÃO

Designada por um extenso rol de nomenclaturas alternativas, tais quais “barriga de aluguel”, maternidade sub-rogada, gestação de substituição, dentre outros, a prática medicamente assistida da sub-rogação uterina tem se mostrado como uma tendência hodierna de mitigação da infertilidade de casais heterossexuais, bem como da impossibilidade natural da reprodução homoafetiva e das barreiras à constituição de famílias monoparentais.

Graças à sua efervescência na vida contemporânea, a prática empedernida no organismo social desde os tempos primevos da humanidade fora juridicizada em alguns ordenamentos jurídicos a fim de propiciar maior segurança às partes enredadas. A reprodução assistida sub-rogada foi incorporada a certos ordenamentos jurídicos, visto que se fez necessário garantir a observância integral do contrato firmado previamente ao procedimento reprodutivo, seja por parte dos beneficiários, seja por parte da gestante solidária. No entanto, há de se constatar a existência de países que vedaram expressamente em normatividade jurídica a possibilidade de realização da sub-rogação uterina, além dos que omitem posicionamento legal acerca da técnica da gestação de substituição (GS), relegando-a ao campo da informalidade.

Valendo-se, como premissa inicial, da pluralidade de acepções jurídicas da GS que notavelmente permeia o âmbito do Direito Internacional Privado, subsegue-se uma discussão direcionada

estritamente à abordagem de tal método reprodutivo no ordenamento jurídico da República Federativa de Portugal. Ganha, pois, eminente relevância uma análise axiológica e teleológica das disposições legais que disciplinam a matéria, tendo por foco inquirir criteriosamente se há correspondência da legislação nacional em voga com os princípios fundamentais da liberdade e dignidade humana, bem como assegurar o cumprimento da tutela da infância e juventude pelo Estado, balizando-se tanto pela Constituição Portuguesa quanto por diversos tratados internacionais dos quais foi signatária a Nação Lusitana.

No mesmo espectro, traz-se à pauta de apreciação o Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa, ao exortar o entendimento majoritário judicial de deferir a inconstitucionalidade parcial de normas seletas da Lei de Procriação Medicamente Assistida (PMA), cuja redação original fora alvo de reformulações. Dentre os artigos tidos por inconstitucionais, verificam-se alguns dos dispositivos que tratam fragmentariamente da GS, culminando na transformação do ato jurídico supracitado em um “invólucro vazio”, espécie de cápsula desprovida de conteúdo (GUIMARÃES, 2018, p.197).

Sob a exposta ótica, colocam-se, em primeiro momento, sob averiguação os aspectos gerais do procedimento e sua histórica incorporação ao ordenamento jurídico, elencando seus requisitos de validade. Em sequência, põe-se em xeque a lesiva vagueza da Lei de PMA, reiteradamente frisada pelo supracitado Acórdão, dando-a por inconstitucional. Discute-se não apenas a nocividade das normas à autonomia das partes, mas também a necessidade assídua de adimplência contratual, em sua bilateralidade, no tangente à possibilidade de interrupção voluntária da gravidez ou revogação do acordo.

Com vistas à realização dos propósitos a contento, deu-se, no presente artigo, uma investigação de natureza mista: bibliográfica e documental. O estudo dimana, pois, de pesquisas analíticas de documentos jurídicos públicos que disciplinam a matéria e de bibliografia científica acerca das novas possibilidades médicas de reprodução, veiculadas em livros, revistas e artigos. Parte-se, não obstante, de metodologia qualitativa, tomando por sustentáculo primordial o aprofundamento sistemático e categorizado da prática da sub-rogação uterina em diferentes circunstâncias espaciais e temporais. Provê-se, assim, sustentação teórica e embasamento jurídico para a tese defendida, a saber, a lesão configurada pela indeterminabilidade normativa da contratualização da sub-rogação aos direitos personalíssimos das partes enredadas.

## 1. ASPECTOS GERAIS E HISTORICIDADE DA PRÁTICA DA SUB-ROGAÇÃO UTERINA

Vulgarmente conhecida por “barriga de aluguel” – nada obstante suas alternativas nomeclaturas, tais quais gestação de substituição (GS), cessão temporária de útero, maternidade de empréstimo, gravidez sub-rogada *etc.* – a técnica reprodutiva da sub-rogação uterina define-se tecnicamente pela gestação suportada por terceira, cedente de útero, a requerimento de indivíduo ou casal beneficiário, mediante impedimento biológico de fertilidade (DANTAS, 2014).

Ainda no entendimento da autora, a maternidade sub-rogada é passível de subcategorização, configurando três distintas espécies admissíveis. A sub-rogação total ou gestacional seria aquela em que o recurso é feito exclusivamente ao espaço intrauterino da gestante solidária, o que implica constatar que o material genético utilizado na concepção do embrião é proveniente dos requerentes, em totalidade. A partir da fertilização *in vitro*, espermatozoide e óvulo do casal são unidos e implantados no corpo de terceira. Por sua vez, a sub-rogação parcial permite a participação genética da mãe de substituição, visto que é apenas utilizado o gameta masculino dos beneficiários. Injeta-se este artificialmente na gestante substituta, cujo óvulo participa do processo da fecundação. Há, por fim, a possibilidade de haver recurso genético a material gamético completamente exterior, isto é, utilização de espermatozoides e óvulos advindos de doadores anônimos, alheios ao acordo gestacional.

Entende-se, portanto, tal procedimento, como um novo horizonte, aberto pelas hodiernas possibilidades da ciência biomédica desenvolvida, para a dirimência de inviabilidades reprodutivas. Ao contar com uma assistência integral dos profissionais da área, bem como com uma garantia jurídica de adimplemento das cláusulas negociais (em se tratando de países que admitem a contratualização da GS), os pais volitivos podem maximizar as chances de sucesso gestacional e ainda participarem geneticamente na concepção dos filhos.

Conforme Oliveira (1992), a sub-rogação de útero tem sua origem mais primeva no chamado adultério consentido, prática deveras antiga e, pois, tradicionalmente executada no seio social. Nessa lógica, esse acordo consiste no trato firmado entre a esposa infértil e seu marido, dando-lhe autorização para relacionar-se com outra mulher, desde que sob o pressuposto de considerar filha do casal a criança nascida. Indícios há de que remonta à era pré-cristã, como relata a passagem bíblica da Sagrada Escritura, em seu primeiro Livro:

Sarai, mulher de Abrão, não lhe tinha dado filhos; mas, possuindo uma escrava egípcia chamada Agar, disse a Abrão: 'Eis que o Senhor me fez estéril; rogo-te que tomes minha escrava, para ver se, ao menos por ela, posso ter filhos.' Abrão [...] aproximou-se de Agar e ela concebeu [...]. (BÍBLIA..., 1998)

Nesse diapasão, verifica-se uma herança secular que faz perdurar no corpo social o intenso anseio de superação das barreiras à reprodução. Sob a ótica de Carneiro (2013), a condição infértil supera o mero *status* de doença, no que concerne a saúde pública. Diz respeito a aspectos socioeconômicos e psicológicos, produzindo efeitos a nível individual, bem como repercutindo na esfera familiar dos que almejam à paternidade. Destarte, infere-se a importância desse legado no fomento de pesquisas científicas na área.

Muito embora datem do século XVIII<sup>1</sup> as primeiras experimentações com fluidos seminais e óvulos, na tentativa de artificialização da procriação humana (VERDI e MEDEIROS, 2010), é com o advento da modernidade, mais precisamente após meados do século XX<sup>2</sup>, que passa efetivamente ao domínio da medicina a execução de técnicas de PMA, v.g. a inseminação artificial, fertilização *in vitro* (FIV) e criopreservação embrionária (ANJOS, 2011). Em Portugal, objeto do presente artigo, deu-se em 1985, sob direção do Prof. Dr. Pereira Coelho, o primeiro ciclo de FIV, no Hospital de Santa Maria (CARNEIRO, 2013).

No entanto, ainda havia de se atenuar barreiras enfrentadas por solicitantes homossexuais, indivíduos solteiros e mulheres incapazes de suportar um processo gestacional por ausência de útero, patologia uterina de tratamento cirúrgico ou contra-indicações médicas à gravidez por diabetes grave ou insuficiência renal (FERNANDES *apud* CABRAL; MOREIRA e ZAGANELLI), fazendo despontar a técnica propriamente médica da GS entre o público elencado.<sup>3</sup>

## 2. CARACTERIZAÇÃO DO TIPO LEGAL DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

- 1 É no ano de 1779 que o monge Lazzaro Spallanzani demonstra a viabilidade da primeira bem-sucedida inseminação artificial, em animais caninos.
- 2 O primeiro registro que se tem de uma fertilização *in vitro* exitosa é de 1978, enquanto data de 1983 a primeira gestação provinda de embriões criopreservados.
- 3 É possível extrair da passagem uma justificativa para o caráter subsidiário, em vez de alternativo, da GS, haja vista sua prescrição taxativa e restrita ao intuito de suprir insuficiências biológicas, vedando seu recurso por mera vaidade, v.g. por questões estéticas.

Em primeiro plano, destaca-se a necessidade de constante atualização dos dispositivos de lei em face das transformações incessantes que fervilham na sociedade hodierna, encarregando ao direito a missão de atenuar uma defasagem, quase que inevitável, em relação ao cenário político, econômico e científico que o rodeia. Em conformidade com Sá Júnior (2013), é característico de uma sociedade politicamente organizada a constância das mudanças de valores e de aspectos culturais, morais e sociais, ao passo do pensamento preponderante em determinada época. A força motriz, destarte, da ciência jurídica seria o desafio da adequação, sob pena de perder sua função primordial de regulamentação de condutas e tornar-se uma ciência inócua e abstrata.

Não seria, pois, diferente o entendimento acerca das hodiernas possibilidades reprodutivas. Nas palavras de Verdi e Medeiros (2010, p. 3130):

Com a possibilidade de novas formações familiares, estas passam a exigir legitimidade pelo Estado, o que nos leva à necessidade de verificação do aparato legal que serve de suporte para essas novas famílias, em especial as advindas com as técnicas de RHA [reprodução humana assistida].

Resta assim nítida a premência de incorporar ao sistema jurídico a devida regulamentação normativa das variadas espécies de reprodução assistida. Tal foi o entendimento do legislador português ao elaborar, em 26 de julho, a Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006), que dispõe cláusulas de observância cogente no que tange a tais procedimentos. Ademais, destaca-se a criação do Conselho Nacional de PMA (CNPMA), nos termos do Capítulo IV, órgão de competência absoluta para supervisão dos aspectos éticos, sociais e legais.

No entanto, é expressamente defeso, em seu artigo 8º, o contrato de sub-rogação uterina, tornando “nulos os negócios jurídicos gratuitos ou onerosos, de *maternidade de substituição*” Nesse sentido, “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”. Assim, perdura uma década o procedimento no campo da ilegalidade, até que, a partir da edição de sua redação original pela Lei n.º 25/2016, a Lei de PMA passa a balizar também a relação contratual da *gestação de substituição*. A técnica em voga foi descrita como qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar um processo gestacional por outrem, comprometendo-se a entregar a criança após o parto e, conseqüentemente, abdicando dos poderes e deveres próprios da maternidade.

O fenômeno exposto rompe o princípio até então intangível do *mater semper certa est*<sup>4</sup>, desafiando os tradicionais paradigmas jurídico-familiares com a definitiva cisão entre os conceitos de maternidade e gestação (MOINHOS, 2017). Nota-se que, ao substituir-se o primeiro termo pelo segundo, o ordenamento jurídico ultrapassa a noção consolidada no âmbito do direito de filiação português de que a maternidade se impõe *ope legis*, isto é, por força de lei<sup>5</sup>, mediante o critério determinante do parto e a despeito da vontade dos enredados (PEREIRA, 2018). Corroborar-se, assim, o entendimento exortado pelo Parecer n.º 63/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) de que em Bioética, nenhuma escolha semântica é indiferente.

## 2.1. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

A fim de se enquadrarem no tipo legal do art. 8.º da Lei de PMA, os procedimentos de sub-rogação devem atender a certos requisitos de subsunção:

[...] casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. [...] A admissão da celebração de negócios jurídicos nestas circunstâncias tem caráter excepcional e serão sempre de natureza gratuita. Além do mais, a sua celebração carece de autorização prévia do CNPMA, a qual deverá ser precedida por uma solicitação de parecer à Ordem dos Médicos (PEREIRA, 2018).

Nota-se, não obstante estrita permissão às mulheres com impedimentos biológicos uterinos<sup>6</sup>, a invariável necessidade de a GS gozar de natureza gratuita. Vale, porém, a ressalva de que serão devidamente cobertas pelos beneficiários as despesas arcadas pela gestante, em decorrência do acompanhamento de saúde prestado, incluindo transporte – vide o n.º 5 da nova redação do artigo 8.º.

A proibição de onerosidade contratual tem por intento erradicar hipóteses de mercado reprodutivo, verificado em países de legislação omissa ou permissiva de pagamento contraprestativo. Entende-se a sub-

4 Brocardo em latim que significa “A mãe é sempre certa” (tradução livre).

5 O Código Civil português de 1966 assegura sempre a filiação à gestante, vide o seu artigo 1796.

6 Mais tarde, porém, o Decreto Regulamentar n.º 6 de dezembro de 2016 dispõe em seu texto preambular o alargamento do âmbito de beneficiários “garantindo o acesso de todos os casais e todas as mulheres à PMA, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade”, visando à garantia do “princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA”. Sobre o tema, consultar Guimarães (2018).

rogação uterina remunerada como fonte de vício de consentimento da mulher geradora, assumindo, em virtude de fraqueza ambiciosa, prestação manifestamente desproporcional (OLIVEIRA, 1992). Estaria ainda sob risco de consubstanciação de uma rede sistemática de exploração econômica das mulheres de estrato social inferior (DANTAS, 2014). Pontua-se, assim, que contribui a tal propósito a defesa do ato da sub-rogação nos termos do n.º 6, art. 8º, quando comprovadamente existir relação de subordinação laboral ou de prestação de serviços entre contratantes.

Outra condição regida pela supracitada lei, é a participação genética dos pais volitivos, vide n.º 3 do art. 8º, impondo-se o recurso aos gametas de ao menos um dos requerentes, bem como a proibição da gestante à cessão de óvulos. Assim, uma vez vedada a sub-rogação dos tipos parcial e anônima, garante-se não só a extensão do laço parental entre criança e beneficiários para além do âmbito socioafetivo, mas também uma maior desconexão entre gestante e nascituro, contribuindo para dirimir eventuais conflitos de parentalidade.

É, por fim, imperativo que não sejam impostas à gestante quaisquer condições restritivas de comportamento, direitos e liberdade individual, ou atentem contra a dignidade humana, conforme disposto em n.º 11 do artigo 8º.

## **2.2. CLÁUSULAS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA**

Com vistas ao alcance de plena validade e legitimidade, os negócios de GS devem também observar as prescrições de cunho processual, uniformizando efetivamente o tratamento legal dispensado aos procedimentos de sub-rogação.

Sob essa perspectiva, deve-se atentar ao número 4 do artigo 8º, que prevê a exigibilidade da avaliação jurídica das solicitações de GS pela Ordem dos Médicos e CNPMA, respectivamente. A imprescindibilidade do crivo do Conselho – cujas competências dita o art. 30. – tem primordialmente por finalidade fixar as condições sob as quais se ministrarão as técnicas de PMA nos centros autorizados, aprovar os documentos de disposição de consentimento das partes, garantir a rígida aplicação da lei e centralizar informações de registro dos enredados, a saber, os dadores, a gestante, os beneficiários e a criança nascida.

Por fim, ressalta-se a obrigatoriedade da escritura de consentimento das partes em documento formal, submetido à análise criteriosa das autoridades competentes. Nesse sentido, gozam de eficácia e legitimidade

os negócios jurídicos de GS que positivem as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações, doenças fetais ou interrupção voluntária da gravidez, além da prestação de informações à gestante de sua incontestável influência no desenvolvimento fetal<sup>7</sup>. São, assim, cominados com nulidade os contratos que desrespeitarem as prescrições da referida lei e punidos com sanções penais aqueles que se orientarem por conduta transgressora, *v.g.* concretizando ou promovendo negócios de PMA, fora dos padrões legais – conforme artigo 39.

### 3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em cinco (05) de julho de 2018, veio o Tribunal Constitucional da República Portuguesa (TC) a publicar em Diário Oficial o Acórdão n.º 225/2018, acordando os Deputados à Assembleia da República em requerer a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei n.º 32/2006 (Lei de PMA). Foram postas em xeque as epígrafes: (a) *Confidencialidade*, disciplinada pelos n.ºs 1 e 4, art. 15, n.ºs 1 e 2, art. 10, e n.º 1, art. 19; (b) *Determinação da parentalidade*, regulamentada pelo n.º 3, art. 20; (c) *Gestação de substituição*, balizada pelos n.ºs 1 a 12, art. 8.º e, conseqüentemente, demais normas que rijam a técnica.

Muito embora seja de inegável relevância uma discussão totalizante acerca do Acórdão, o presente trabalho debruçar-se-á especificamente sobre a análise pormenorizada da constitucionalidade do procedimento de sub-rogação uterina. Nesse diapasão, merece pauta inicial o fato da *gestação de substituição*, por si só, não representar espécie alguma de violação ao princípio supremo da dignidade humana, salvaguardado tanto pelas prescrições constitucionais pátrias quanto pelos tratados internacionais ratificados pela República Portuguesa.

Na resolução consensual da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de novembro de 1950, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) positiva no art. 8.º o respeito absoluto pela vida privada familiar, vedando a ingerência de autoridade pública no assunto, salvo exigência legal. Nos numerosos casos em que fora convocado, o TEDH manifestou-se no sentido de salvaguardar os direitos dos envolvidos (beneficiários, gestante e, mormente, criança). Extrai-se

7 “A este respeito, refere ANTUNES VARELA: ‘...entre a mulher que amadurece no seu útero o ovócito fornecido por uma outra mulher e a criança que nasce do seu ventre há um elemento real de importância capital na relação de filiação, que é a vida intrauterina do embrião, a ligação intensa permanente entre o ser que se forma e o corpo humano que dentro das suas entranhas lhe dá vida.’” (PORTUGAL, 2018, p. 6)

de sua jurisprudência que o não reconhecimento da filiação aos pais-beneficiários implica dano intolerável ao direito personalíssimo da criança, graças à impossibilidade de definir-se como sujeito identitário<sup>8</sup>.

Fundamenta-se a legitimidade do procedimento de PMA no princípio da subsidiariedade do processo, isto é, a permissão do recurso à sub-rogação exclusivamente mediante restrições biológicas ao processo gestacional. Dessa forma, são tutelados: os interesses de eventuais beneficiários, que tenham a GS como alternativa ímpar de concretização dos direitos personalíssimos de procriar e constituir família; as aspirações das gestantes, que desejem concretizar seu direito à autonomia e liberdade pessoais pelo ato solidário; e a dignidade das crianças nascidas, integradas nas famílias requerentes. Em parecer prestado em 2012, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) reitera:

[...] motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, [...] acompanhado da convicção [...] de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser (Parecer n.º 63/CNECV/2012).

Procedendo a análise dos tópicos expostos, deve-se, primeiramente, enunciar que é direito consagrado na Constituição da República de 1976, em seu artigo 36. n.º 1, ab ovo, a garantia da constituição de entidade familiar por todos, indiscriminadamente. Nesses termos, configura-se lesão aos aspectos pessoais do cidadão uma eventual proibição de seu direito reprodutivo, v.g. a vedação da maternidade sub-rogada, que porventura relegaria os biologicamente impossibilitados em condição alheia ao exercício do direito à família.

Em segundo plano, ressalta-se que, vide o artigo 27. da Lei Maior Portuguesa, ninguém pode ser privado de sua liberdade, integral nem parcialmente, salvo por consequência de sentença judicial condenatória. Por consequência, é nítido que a mulher idônea, cidadã adimplente e proba,

---

8 Em complementariedade, vale também a consulta ao artigo 12. do referido documento, o CEDH, que preconiza o direito de homens e mulheres, “a partir da idade núbil”, de celebrar casamento e constituir uma família, “segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. Assim, estaria perfeitamente acobertado por normas internacionais, jus cogens, a garantia estendida a todos os cidadãos de que possam organizar-se em núcleo familiar, recorrendo, se preciso, às técnicas de PMA.

tem pleno gozo de sua liberdade, inclusive, da liberdade de disposição do corpo para suportar uma gravidez para outrem, a título gratuito e solidário:

[...] o papel da mãe substituta [...] é de total entrega e altruísmo, todavia que enfrenta uma gravidez [...] em prol do amor, da compaixão e da caridade ao próximo, quando algumas vezes esse próximo nem [...] é de sua família (MACÊDO, 2015).

Caracteriza-se assim, uma relação de gestação de substituição aceitável no seio social e jurídico<sup>9</sup>, haja vista que reduz a ocorrência de negócios onerosos e abusivos que impliquem instrumentalização da mulher<sup>10</sup>. Por conseguinte, a GS figura não apenas como procedimento médico mantenedor da intangibilidade da dignidade humana, mas como exercício pleno deste atributo (GUIMARÃES, 2018).

No mesmo entendimento, é pontuado que, no domínio da bioética, a adequação da fórmula do objeto<sup>11</sup> para a densificação do princípio da dignidade humana suscita uma posição de reserva e afastamento de aplicação. Significa dizer que não caracteriza violação da dignidade a disposição do corpo ou qualquer autolimitação de liberdade individual quando há livre consentimento da pessoa a ser instrumentalizada. Defende-se ainda que só há lesão quando decisivamente se presencia elemento de coisificação ou humilhação, analisando o “significado social da acção” (NOVAIS *apud* CRORIE, in NETO, 2017).

Em última avaliação, vale ressaltar que, a despeito do referido Acórdão n.º 225/18 elencar a existência de estudos científicos que não só comprovam haver forte influência epigenética<sup>12</sup> entre gestante e feto, mas afirmam serem benéficos a manutenção e o aperfeiçoamento de tal vínculo, a síntese que se obtém é de que, além de não haver quaisquer certezas

9 Para Maria Raquel Guimarães (2018), estamos perante um acordo admissível no direito constitucional português, na medida em que as obrigações assumidas pela gestante não lhe conferem o direito de exigir contraprestações, mas, justamente assim, salvaguardam sua liberdade e dignidade.

10 São passíveis de imputação criminal os agentes que vierem a realizar procedimentos de sub-rogação fora dos moldes prescritos pela Lei de PMA, tais como aqueles que atribuam contraprestações pecuniárias à cessão de útero pela gestante, isto é, realizem-na a título oneroso – conforme o artigo 39. da referida Lei.

11 Conceito de inspiração kantiana, solidificado pela doutrina de Günter Dürig, que culmina no entendimento de que um sujeito tem sua dignidade esfacelada quando é utilizado como instrumento, objecto ou simples meio (CRORIE in NETO, 2017).

12 Nesse mesmo sentido, um estudo divulgado pela revista *Development* (VILELLA, 2015) mostra a ocorrência de alteração da expressão gênica e modificação do transcriptoma do embrião pelo “leite uterino” – uterine milk – que nutre o nascituro no período gestacional e é secretado pelo endométrio maternal.

científicas dos malefícios dessa ruptura, há uma inegável compensação da quebra da ligação, estritamente biológica, pelo amor e cuidado de que gozam as crianças inseridas nas famílias beneficiárias, depois de tanto sofrimento e anseio por constituir núcleo de afeto. Todavia, sob a ótica dos Deputados autores, a inexistência de incompatibilidade constitucional do modelo lusitano de gestação de substituição não exime alguns aspetos do regime jurídico de inconstitucionalidade. Desse modo, não se contesta a GS em si, mas tão somente as soluções adotadas na concretização legislativa, tais quais as pautas subseqüentes.

### 3.1. LIMITES À AUTONOMIA DAS PARTES

O contrato firmado na celebração do negócio jurídico da GS, segundo a disposição do legislador em 2016, deve impreterivelmente conter cláusula específica que aborde as possíveis prossecuções de hipóteses de interrupção voluntária da gravidez, doença, ou malformação fetal; bem como assegurar que não se imponham restrições de liberdade, comportamento, direito ou dignidade à gestante de substituição. Não obstante, exige-se a forma escrita ao contrato, cuja aprovação é dependente do crivo do CNPMA (art. 8.º, n.ºs 4, 10 e 11).

Contudo, é notável a existência de nociva omissão legislativa no tangente a disposições materiais que venham a firmar as balizas da liberdade positiva – “*as matérias a tratar obrigatoriamente no âmbito do contrato*” – e negativa – “*as restrições a excluir obrigatoriamente do mesmo*” – das partes contratantes. Acresce-se o fato de que a referida lei não oferece “*medida jurídica com densidade suficiente*” para o exercício preciso e controlado das competências do CNPMA de supervisão e autorização (PORTUGAL, Acórdão n.º 225/2018, p. 63).

Muito embora seja próprio dos negócios jurídicos que em seu seio figure a autonomia da vontade como elemento essencial ao princípio da liberdade contratual<sup>13</sup> (GUIMARÃES, in NETO, 2018), é inegável que a vagueza normativa do contrato de GS, graças a seu caráter *sui generis*<sup>14</sup>, é deveras nociva aos direitos fundamentais dos enredados, visto que deixa

13 Nada obstante assegure o art. 405. do Código Civil português (CC) que tal autonomia se restrinja aos limites da lei, ou seja, garanta que o exercício da liberdade contratual seja sempre tutelado pelos limites do ordenamento jurídico pátrio de Portugal.

14 Caracteriza-se, conforme a citada autora, um contrato bilateral imperfeito, em que não há sinalagma, ou nexo de correspectividade entre as obrigações contraídas pelas partes: enquanto a gestante presta-se a suportar uma gravidez, um facere, e a posteriormente entregar a criança, um dare, os beneficiários têm de arcar com o mero encobrimento de despesas médicas. Ademais, o negócio contratual em voga disciplina uma relação

a mercê do CNPMA, no exercício discricionário de competências, fixar balizas à autonomia das partes.

Conquanto o referido Conselho tenha disponibilizado em 2017, em sítio eletrônico, um modelo de contrato-tipo a ser adotado nas ocasiões de sub-rogação contratualizada, ainda restam indefinições materiais que violam o princípio de determinabilidade das leis, consagrados pelo texto da Constituição da República em seu artigo 2.º, corolário do Estado de direito democrático. Justifica-se, pois, a inconstitucionalidade dos números citados, em nome da preservação da segurança jurídica nos domínios da vida privada.

Dessa forma, a abrangência normativa exacerbada, além de tornar imprevisíveis aos olhos da lei os critérios adotados pelo órgão para concessão da aprovação prévia dos contratos, inviabiliza o controle da legitimidade da remissão a atos infralegislativos das condições de acesso dos cidadãos aos negócios lícitos de GS, ressaltando ainda a falta de previsibilidade de conduta dos agentes, quanto a restrições e garantias de seus direitos.

### **3.2. POSSIBILIDADE DE LIVRE REVOGAÇÃO**

No âmbito dos direitos personalíssimos, consta disciplinado pelo art. 81. do Código Civil (CC) português a anulabilidade de toda limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, sendo sempre revogável. Delimita-se, por conseguinte, um hiato descompassado entre o regime civilista, ao disciplinar uma eventual disposição do próprio corpo para fins de GS, e a prescrição da Lei de PMA, no n.º 4 do art. 14., que apenas assegura a revogabilidade contratual até o início dos procedimentos terapêuticos de reprodução (GUIMARÃES, 2018).

É, pois, inquirida pelo TC a eficácia dessa norma em salvaguardar integralmente a dignidade humana. Vinculando-se a admissibilidade jurídica das prestações assumidas (submissão à técnica de PMA, gravidez, parto e entrega ulterior do bebê) ao livre e esclarecido consentimento da mulher, há de se garantir que este transpareça até o perfazimento da obrigação em totalidade.

Sendo característica própria do processo gestacional a imprevisibilidade oriunda das vicissitudes do envolvimento hormonal e

---

jurídica que têm por objeto a viabilização da vida humana, repercutindo na esfera personalíssima da criança nascida do regime de GS.

afetivo entre grávida e embrião, não é legítimo, sequer viável, assegurar a manutenção da vontade expressa *a priori* pela gestante até a consumação da obrigação. Assim, quando não se pode livremente revogar o consentimento antes do momento dilemático da entrega da criança aos requerentes, ocorre degradação da mulher em simples instrumento, à revelia da realização de projeto alheio: espécie de *incubadora viva*, ferindo incontestavelmente o preceito de dignidade humana (SILVA, 2018).

Nesse sentido, já foi admitida, por via da elaboração do contrato-tipo pelo CNPMA, a resolução unilateral do contrato por interrupção voluntária de gravidez, mediante o abrigo do n.º 1 do artigo 142. do Código Penal. Porém, o exercício desse direito, embora protegido por instrumento legal geral, nem sempre isenta o titular da responsabilidade pelos danos causados a terceiros enredados, quer aos pais contratantes, quer à criança (RAPOSO in NETO, 2018).

Estaria, então, a gestante em uma situação configurada por iminente risco de afetação não consentida de sua personalidade, mediante a execução forçada do contrato ou penalização pecuniária pelo inadimplemento do mesmo, seja pela impossibilidade de existir esclarecimento, em sua completude, *ex ante* a realização total de todas as fases do contrato de sub-rogação; seja pela eventual mudança de projeto parental ou mero arrependimento da gestante.<sup>15</sup>

Sob esse prisma, os Deputados consensualmente concluem, *ipsius literis*:

Confrontando o peso das expectativas dos beneficiários protegidas pela irrevogabilidade do consentimento da gestante, com o sacrifício [...] do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade desta última determinado por tal irrevogabilidade, [...] a desproporção é manifesta. Os inconvenientes e frustrações dos primeiros não justificam a instrumentalização da segunda em ordem a evitá-los (PORTUGAL, 2018).

Em síntese, prioriza-se o pleno exercício das liberdades fundamentais da gestante, em detrimento da quebra da expectativa legítima dos pais volitivos de ter filhos biológicos, justificando a declaração de

15 Corroborar-se tal argumento com a doutrina do ramo civilista, ao dizer que a revogação consiste na voluntária destruição de uma relação contratual na hipótese de declaração do contraente oposta à primitiva que lhe deu vida (COSTA apud GOMIDE, 2009). Significa, ainda, um poder discricionário de que goza a parte, sem haver necessidade de justificativa ou fundamentação (GOMIDE, 2009).

inconstitucionalidade das normas do n.º 8, art. 8.º e n.º 5, art. 14., em nome do desenvolvimento integral da personalidade da mulher. Sob mesma razão, anula-se o n.º 7 do artigo 8.º; uma vez que, ao conceber invariavelmente a criança como filha dos beneficiários, é aniquilado o direito da gestante de constituir família.

### 3.3. EFEITOS DA NULIDADE DO CONTRATO

São cominados com a nulidade os regimes contratuais de GS, gratuitos ou onerosos, que não observam as disposições do art. 8.º da Lei de PMA, *vide* seu n.º 12. Via de regra, tal consequência jurídica é aplicável a todo tempo<sup>16</sup> e pode ser invocada em juízo por qualquer interessado, gozando de eficácia *ex tunc* ou retroativa. Significa dizer que se restituirá tudo aquilo que foi prestado ou, na hipótese de inviabilidade da restituição em espécie, haverá fixação de *quantum* indenizatório – conforme arts. 286 e 289 do CC).

O problema eminente assenta-se na constatação de que um dos resultados do negócio jurídico da sub-rogação uterina tem, impreterivelmente, sua realização no plano fático: o nascimento da criança. Dessa forma, verifica-se a impossibilidade incontornável de completa aniquilação dos efeitos jurídicos do contrato, culminando um quadro de indefinição normativa e insegurança jurídica.

Na ótica de Pereira (2017), a atribuição de nulidade ao contrato firmado acarreta a não produção dos efeitos jurídicos pretendidos, inclusive a disposição legal do n.º 7, art. 8.º da Lei de PMA: a criança é sempre havida como filha dos requerentes. Em decorrência, constar-se-ia em registo de nascimento da criança o nome da gestante como legítima mãe. Resulta, ainda, um entendimento legislativo que imputa à *gestação de substituição* a conotação de licitude, na medida em que pressupõe contrato de entrega lícita do bebê; enquanto relega ao conceito de *maternidade* uma configuração de ilícito ou desinência criminal, haja vista o inadimplemento ou inobservância de determinada(s) cláusula(s).

Já aos olhos de Guimarães (2018), a ineficácia do negócio de GS deixa completamente lacunosa a atribuição da maternidade à criança nascida de acordo informal, método clandestino ou de contrato remunerado. Isso se deve ao fato de que o regime primevo, na redação original, prescrevia nulo

---

16 Vale destacar que a invocabilidade da nulidade a qualquer tempo se mostra incompatível com a disciplina legal portuguesa dos prazos prescricionais, causando antinomias no ordenamento jurídico interno.

qualquer tipo contratual de GS, implicando a imputação da maternidade àquela que deu à luz. No entanto, na alteração dada pela Lei n.º 25/2016, resta dúvida se foi contradita a anterior previsão legal, tomando sempre os beneficiários por pais, ou se subsiste a original solução quando se acomete o contrato pela nulidade.

Como assinalado pelo CNECV, inadmite-se, sob o prisma ético, que se obtenha de um contrato ilícito e, pois, nulo, a eficácia mesma de um contrato válido. Seria solução propiciadora da exploração feminina e da regularização da ilicitude. Nesse sentido, na hipótese de indeterminabilidade legal da filiação, incumbe aos tribunais a dirimência das complicações e a salvaguarda do melhor interesse da criança, como recomenda o TEDH (PEREIRA, 2018).

#### 4. NOTAS CONCLUSIVAS

A prática medicamente assistida da sub-rogação uterina tem derivação história da mitigação da infertilidade de casais heterossexuais e, adaptando-se às transformações sociais, estende-se à superação da impossibilidade natural de reprodução homoafetiva e de barreiras à constituição de famílias monoparentais. Abre-se, portanto, com as hodiernas possibilidades da ciência biomédica desenvolvida, um novo horizonte na dirimência de inviabilidades reprodutivas. Contando com assistência integral de profissionais da área, bem como com a garantia jurídica no ordenamento pátrio lusitano de adimplemento das cláusulas negociais, os pais volitivos maximizam as chances de sucesso gestacional e ainda, eventualmente, participarem geneticamente da concepção de seus filhos.

Todavia, foram constatadas falhas e contradições na disciplina jurídica contratual da sub-rogação uterina, haja vista a indeterminabilidade da Lei de PMA alterada por subseqüentes redações. Ademais, impõem-se limitações à autonomia e a liberdade da gestante, bem como provoca insegurança jurídica o regime de nulidade contratual dos negócios de GS alheios às prescrições legais.

Resulta, pois, da fundamentação exposta, a edição do Acórdão n.º 225/2018 pelo TC, a título de requerimento da inconstitucionalidade parcial da Lei de PMA que atentam contra princípios consolidados sob égide da Constituição da República. Foi objeto do presente artigo, a análise dos aspectos lesivos intrínsecos à contratualização do procedimento da gestação de substituição, a saber: (i) os n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8º e, conseqüentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, por infringirem o princípio

da determinabilidade das leis e reserva de lei parlamentar; (ii) o n.º 8 do art. 8.º e o n.º 5 do art. 14, por violarem o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, (iii) o n.º 7 do art. 8.º, por mera consequência do anteriormente disposto.

Em suma, conclui-se deste trabalho a configuração de um invólucro vazio em torno da realização de novos contratos lícitos de GS, a partir de então impassíveis de atribuição de licitude, haja vista que encontram-se embargados, em totalidade, até que o legislador português adeque às exortações do TC a regulamentação contratual da sub-rogação uterina.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Ideylson dos. Tecnologia x Bioética? Questões histórico-científicoteológicas da reprodução humana. *Revista de Cultura Teológica*, [S.l.], n. 76, p. 99-117, maio 2013. ISSN 2317-4307. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/culturateo/article/view/14995/11192>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BÍBLIA, Gênesis 16, 1-4. *Bíblia Sagrada*, A.T. Português. Tradução pelo Centro Bíblico Católico. São Paulo: Editora AVE-MARIA, 1998. p.61.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; MOREIRA, Raquel Veggi; ZAGANELLI, Margareth Vetis. A possibilidade de contrato na relação “útero de substituição”. *Derecho y Cambio Social*, jul. 2016.

CARNEIRO, Raquel Patrício e Borges. *A realidade da Procriação Medicamentosa Assistida: - Técnicas Laboratoriais - Criopreservação de ovócitos: Que futuro nos centros?*. (Relatório de estágio de mestrado em Biologia Celular e Molecular). Faculdade de Ciências da Universidade do Porto. Porto, 2013.

DANTAS, Ana Carolina Lessa. *Sub-rogação de útero: entre a esperança e a exploração*. ENGELMANN, W.; CARDIN, V. S. G; MEDEIROS, R. A.. (Org.). Biodireito II: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 23, p. 172-197.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Direito de arrependimento nos contratos – Tese de Mestrado, Ciências Jurídicas*. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2009

GUIMARÃES, Maria Raquel. As particularidades do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional

n.º 225/2018. *Revista de Bioética y Derecho: Perspectivas bioéticas*, 2018, 44, pp.179-200.

JÚNIOR, Geraldo Zimar de Sá. Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13892](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13892)>. Acesso em maio 2019.

MACÊDO, Márcia Andréa Durão de. A maternidade de substituição como solução e como problema. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 149, jun. 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17397&revista\\_caderno=6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17397&revista_caderno=6)>. Acesso em: 31 mai. 2019.

MEDEIROS, Luciana Soares de; VERDI, Marta Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v.15 supl. 2, out. 2010.

MOINHOS, Deyse dos Santos. Maternidade de Substituição: a contratação de um “útero” versus a dignidade do nascituro. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (coord.). *Livros do CONIBDH: Direitos Humanos Fundamentais II* [recurso eletrônico on-line]. Vitória: FDV Publicações, 2016.

NETO, Luísa et al. *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Publicação correspondente a Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 mar. 2017.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só [uma] duas: o contrato de gestação*. Portugal: Coimbra Editora, 1992.

PEREIRA, Dr. André Gonçalo Dias. Gestação de substituição e acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida em Portugal: as Leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, num. 8, fev. 2018.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*. JULGAR Online, jan. 2017. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gestação-de-Substituição-Maria-Margarida-Silva-Pereira.pdf>

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 2 de abril de 1976.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 47.344/1966. *Código Civil Português*. Ministério da Justiça. Lisboa, 25 de novembro de 1966.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 48/1995. *Código Penal Português*. Ministério da Justiça. Lisboa, 15 de março de 1995.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 32/2006. *Procriação Medicamente Assistida*. Assembleia da República. Lisboa, 26 de julho de 2006.

\_\_\_\_\_. Acórdão n.º 101/2009. *Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1 de abril de 2009.

\_\_\_\_\_. Parecer n.º 63/CNECV/2012. *Parecer do CNECV sobre procriação medicamente assistida e gestação de substituição*. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Lisboa, 26 de março de 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 17/2016. *Assembleia da República*. Lisboa, 20 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 25/2016. *Assembleia da República*. Lisboa, 22 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Acórdão n.º 225/2018. *Tribunal Constitucional*. Lisboa, 5 de julho de 2018.

PORTUGAL: *The Constitutional Court has identified unconstitutional norms in law of surrogacy*. One of us, jusjournal number 27, 6 mai. 2018. Disponível em: <<https://oneofus.eu/2018/12/the-constitutional-court-has-identified-unconstitutional-norms-in-the-law-on-surrogacy/>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

SILVA, Jorge Pereira da. Barrigas de aluguer: o *Constitucional está de volta!*. Público, 6 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/05/06/sociedade/opiniao/barrigas-de-aluguer-o-constitucional-esta-de-volta-1827235>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Conselho da Europa, Roma, 4 nov. 1950.

VILELLA, F. et al. Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome. *Development* 142, 3210-3221 doi:10.1242/dev.124289, 2015.