

Por uma lei da gestação de substituição compatível com o direito ao (re)conhecimento mútuo da gestante e da criança

§.º 1. A RELAÇÃO ENTRE A GESTANTE E A CRIANÇA SEGUNDO A DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL: REGIME E CRÍTICA

I. Abordar a relação jurídica entre a gestante de substituição e a criança, de acordo com a pré-compreensão que a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, lhe atribuía, significa analisar um tema *exógeno* à mesma Lei. Pois, do ponto de vista do legislador, tal relação não deveria em princípio existir.

Com efeito, nos termos dos art.ºs 15.º e 16.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a redação dada pela referida Lei n.º 25/2016, estipulava-se:

Artigo 15.º
[...]

1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

2 - ...

3 - ...

4 - ...

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Artigo 16.º

[...]

1 - Aos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respetivos beneficiários, dadores, incluindo as gestantes de substituição, e crianças nascidas é aplicada a legislação de proteção de dados pessoais e de informação genética pessoal e informação de saúde.

A conceção legislativa assentava, pois, na ocultação, não apenas da técnica de procriação através da qual a criança fora gerada, mas também na ocultação da própria mulher que gerava a criança e que a dava à luz.

Da menção de maternidade constaria a mãe ou mães jurídica (s), ainda que uma delas em nada contribuísse com o seu material genético para a gestação. Esta contribuição poderia ser do parceiro masculino ou da parceira feminina, nos casos em que o casal comitente da gestação de substituição fosse homossexual feminino. Quanto à gestante, que sempre determina aspetos epigenéticos e psíquicos da criança, era segregada da realidade histórica, pessoal e familiar desta última.

***Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

II. Uma explicitação da *ratio* do preceito surgiu através de um Decreto Regulamentar do Conselho de Ministros. Assim, no Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, lia-se:

«Destaca-se a importância de privilegiar a ligação da mãe genética com a criança, ao longo do processo de gestação de substituição, designadamente no âmbito da celebração e da execução do próprio contrato, circunscrevendo-se a relação da gestante de substituição com a criança nascida ao mínimo indispensável, pelos potenciais riscos psicológicos e afetivos que essa relação comporta. Isto, obviamente, sem prejuízo das situações em que a gestante de substituição é uma familiar próxima, em que poderá existir, habitualmente, uma relação entre a gestante de substituição e a criança nascida. Procura-se, ainda, assegurar a máxima segurança médica possível, acautelando o envolvimento de todas as partes, numa decisão alicerçada na tutela de interesses comuns e, em especial, dos interesses da criança.»

Conclui-se que primava o entendimento de que o relacionamento com a gestante, que altruisticamente disponibilizara o seu corpo e a sua alma, como impunha o art.º 8.º, n.º 5, da Lei mencionada, era considerado nefasto para o desenvolvimento da criança.

III. Pergunta-se o fundamento desta consideração; que perigo resulta para um ser humano conhecer e estabelecer relação social e afetiva com a pessoa que assumiu a sua gestação sem qualquer interesse material.

O Decreto Regulamentar (com que sustentação constitucional?) excecionava as situações em que a gestante fosse pessoa amiga ou familiar próxima da mãe ou do pai genéticos, ou jurídicos, não esclarecendo também este pressuposto de apodítica perdurabilidade dos laços de solidariedade e de fraternidade entre pessoas, porque são hoje e agora, no momento do contrato, amigas, ou ligadas por laços familiares. O biologismo ressurgia aqui, como potenciador de afeto e de saúde psicológica da criança – depois da desconstrução que toda a estrutura jurídica da procriação medicamente assistida e da gestação de substituição operaram nele.

À gestante colocava-se uma *burqa* jurídica. Coberta pelo anonimato, ela *via* a criança, poderia observá-la. Mas não era um agente sistémico, não podia interagir com ela.

Na sociedade do risco em que vivemos, a gestante era concebida como fonte de perigo: porventura um resíduo tóxico...

Não vejo como não concluir que o regime jurídico que vigorou até 24 de Abril de 2018, data da declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (Acórdão 225/2018), é atentatório da dignidade da mulher gestante. Não vejo como conceber que tal regime jurídico não contrariava a ordem pública. E sobretudo, situava-se nos antípodas do espírito da Constituição de 1976 e das reformas democráticas do Direito da Família, da Reforma matricial de 1977; situava-se nos antípodas da Convenção de Istambul, (Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica Istambul de 11.05.2011, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013), em cujo art.º 3.º se lê:

«Artigo 3º – Definições Para os efeitos da presente Convenção: a “violência contra as mulheres” é entendida como uma violação dos direitos humanos e como uma forma de discriminação contra as mulheres e significa todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública quer na vida privada.»

§. 2.º DA POSSIBILIDADE DE UMA (OUTRA) LEI DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO CONTITUCIONAL

I. Mas igualmente considero que o mal fundado da lei da gestação de substituição, de que foram declarados inconstitucionais muitos preceitos, não significa que todo e qualquer processo legiferante sobre esta matéria seja necessariamente contrário à Constituição.

Afirmá-lo assentava numa quimera e representaria uma atitude sociojurídica injusta.

a) Assentava numa quimera e potenciava situações ilícitas, mesmo criminosas.

Se a ciência médica viabiliza a implantação de embriões numa mulher e a lei o permite segundo o art.º 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a redação dada pela

Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, «Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual»), como impedir que isso ocorra mediante acordo entre a mulher inseminada e terceiros? E como impedir que a primeira dê a criança em adoção (produzindo-se destarte os mesmos efeitos da filiação) aos últimos?

Permitindo o Direito, pelo vazio legislativo acerca do contrato de gestação de substituição, um tal caminho, ínvio, não se acautelaria juridicamente através dele o interesse do nascituro, nem o acompanhamento da gestação. Tal como não se acautelariam situações de abandono de crianças cujas características não correspondessem às expectativas dos comitentes e fossem depois rejeitadas por estes (crianças deficientes, mais crianças nascidas do que as desejadas...) ou de maus-tratos infligidos às mesmas. É de longe preferível reconhecer a juridicidade da gestação de substituição, clarificando os seus pressupostos e razão de ser dos mesmos; procedendo a pedagogia cidadã, democrática, dos seus horizontes de reconhecimento pelo Estado de Direito.

b) Representaria uma atitude sociojurídica injusta

Pois a todo o mundo chegam crianças abandonadas por casais comitentes que, tendo praticado o processo ilicitamente e não vindo a manifestar pelas crianças o afeto a que estas têm direito, carecem de leis direcionadas para o seu acompanhamento e acolhimento, ditado por uma situação específica que decorre do procedimento pelo qual nasceram. Como chegam a outros países ou cidades que não as de origem, mulheres que foram gestantes e são abandonadas pela família de origem, ou vítimas de tratamento degradante. Só o reconhecimento legal da figura se articula com legislação que logre adequadamente minorar tais efeitos nefastos.

Recordo que em Outubro de 2016 a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (PACE) rejeito, por votação quase tangencial, o Relatório De SUTTER, que recomendava aos Estados membros a implementação de medidas legislativas no sentido de providenciar o acolhimento e/ou acompanhamento das mulheres e crianças vítimas de

gestação de substituição mal sucedida, que se encontrassem adentro das suas fronteiras. A não aprovação do Relatório deveu-se ao facto de ter sido entendido que a recomendação representava uma forma subtil de legitimar implicitamente a sub-rogação...E os Direitos Humanos em causa ficaram em segundo plano.

II. Apenas concebo uma lei de gestação de substituição compatível com o Estado de Direito se esta for exactamente oposta à Lei n.º 25/2016, no ponto em que deverá *assumir o reconhecimento da relação entre a gestante e a criança, no interesse de ambas*, que o mesmo é dizer, do *superior interesse da criança* nascida através do procedimento e em nome do *direito da gestante*.

Há mitos e equívocos sobre a dignidade da maternidade de substituição. Considero que não bole com a dignidade da gestante praticá-la, nem lesa o interesse da criança sabê-lo e conviver com essa realidade.

A dignidade humana é um conceito de muito complexa densificação jurídica e os seus padrões ou guiões de concretização acompanham o progresso na medida da maior adequação possível à liberdade e ao respeito pela vida com qualidade. Mas o pensamento contemporâneo que invoca a dignidade humana como critério de erradicação possível da vulnerabilidade sempre a identificará com *direito a tratamento humano de forma social e culturalmente entendida como respeitável*. Ora, gerar de modo generoso e empenhado é digno; como é digno prescindir responsavelmente do exercício da parentalidade; como é digno promover por este modo a integração de uma criança num meio íntimo/familiar que a rodeie de amor e carinho.

III. Ponto assente para que a gestação de substituição ser digna, represente forma de promover vida com felicidade, é que equacione, não só a dualidade gestante/comitentes, mas a tríade gestante/comitentes/criança.

Uma tal lei assentará, sustento, nos seguintes pressupostos:

a) *Respeito pela maternidade como realidade antropológica*

Gerar uma mulher uma criança e não ser considerada sua mãe contradiz a realidade antropológica. Da menção de maternidade deve constar a gestante, em nome da adequação jurídica à natureza das coisas, respeitando o princípio da segurança do estado civil.

b) Exigência de outorga à gestante de um prazo de reflexão pós-parto para decidir sobre a entrega da criança

Deve ser atribuído um prazo pós-parto para que a gestante decida se assume a maternidade. Só assim se compatibiliza o regime com o consentimento informado sobre as vicissitudes da gestação, do parto e do pós-parto. E só assim se cria coerência com o reconhecimento legislativo das implicações da influência puerperal, a qual é impositiva de um período de seis semanas após o parto para que qualquer mãe decida dar para adoção a criança que gerou.

Se a gestante não pretender então – após o tempo legal que lhe é atribuído para refletir – entregar a criança aos comitentes, será *por decisão judicial, olhando o superior interesse da criança*, que esta será porventura entregue aos comitentes. Ao juiz caberá decidir quem evidencia maior idoneidade para exercer as responsabilidades parentais: se os comitentes, a gestante, ou porventura nenhum deles, caso em que providenciará outra medida legal. As consequências a ponderar nesta situação tão sensível reportam-se a direitos pessoalíssimos e não é admissível que o reconhecimento destes direitos possa resultar de decisões privadas. Também a segurança do estado civil apenas se compadece com decisão judicial, sempre que ocorra alteração do estatuto de filiação.

c) Reconhecimento de expectativas jurídicas parentais e não de “direito à criança”

Ficando esclarecido na lei que um casal comitente não adquire, no momento da celebração do acordo de gestação de substituição, um *direito à criança*, mas tão só a *expectativa* de que a receberá – não se defraudam expectativas legítimas deste. Estas nunca terão sido criadas pelo legislador, e muito menos, pelos profissionais encarregados de adjuvar o procedimento.

d) Asseguramento do direito da criança e da gestante à manutenção das suas relações profundas

É muito importante o contacto da criança com a pessoa cuja intervenção mais se identifica com o paradigma da maternidade, a gestante, a menos que esta o não deseje (uma relação indesejada não será nunca salutar para a criança), ou que perturbe em dado momento, pelas características que possua, a criança. Trata-se de algo que pode

acontecer com qualquer relação humana com a qual esta seja confrontada: acontece tantas vezes, para grande mal, com a relação com os próprios pais.

e) Enquadramento da relação entre a gestante e a criança no seio da vida desta última com o casal comitente

O prolongamento das relações afetivas após a ordem judicial de alteração da filiação poderá ser problemático se não houver laços entre o triângulo envolvido: a criança, os pais jurídicos e a gestante. Isto determina que, a montante da gestação de substituição, se promova o relacionamento entre o casal e a futura gestante. E a jusante, se promova a continuação do laço formado.

f) Coerência entre o prolongamento das relações afetivas profundas e a articulação entre os comitentes e a gestante para a sua concretização e o respeito pelo direito da criança ao conhecimento da sua história pessoal

É constitucionalmente insustentável assentar a vida de alguém na obnubilação da sua verdade. A verdade afetiva e a verdade biológica não se excluem mutuamente: completam a descodificação da circunstância de cada pessoa. Só há uma verdade pessoal. E a verdade é desconstrutora de problemas e ansiedades, desde que apresentada com a naturalidade de que releva e o respeito pela origem humana.

g) Consideração jurídica da gestante como membro da família alargada da criança

O pressuposto equacionado em f) transporta-nos para a *multiparentalidade* ínsita na gestação de substituição. Com efeito, não sendo a gestante de substituição integrada na família tradicional da criança, nem por isso deixa de ser uma pessoa muito próxima: com certeza mais próxima, pela autoria da gestação e pela influência epigenética e psicológica na criança, do que muitos familiares biológicos ou ligados por laços de afinidade. Pertence ao núcleo da “família alargada”, numa aceção moderníssima desta última.

Por outro lado, a família dissociada do biologismo determina que as crianças sejam respeitadas na sua circunstância. Outra coisa significaria reconhecer um modelo de família cujos interesses se sobrepusessem aos das pessoas que a compõem; uma família

institucionalista, autoritária, onde a vontade dos adultos primasse sobre os direitos das crianças.

Um estudo de Lucy Frith, da Universidade de Liverpool (*Family building using embryo adoption: relationships and contact arrangements between provider and recipient families—a mixed-methods study*), realça a aceitação e mesmo o despoletar de afetividade entre crianças pertencentes a famílias diferentes; crianças que identificam os pais jurídicos como os seus progenitores, e aqueles que o são geneticamente, assim como os restantes membros das famílias, sobretudo, os irmãos. O seu estudo, publicado em 2017, evidencia que o encontro de crianças nascidas/irmãos por doação de embriões se mostrou altamente positivo para todos os intervenientes.

h) *Não assentar o acesso à gestação de substituição no paradigma da mulher infértil e diminuída por isso*

Os requisitos de recurso à gestação de substituição não devem identificar de forma discriminatória a infertilidade. Sucede que permitir que um casal aceda à gestação de substituição só porque um seu membro feminino é infértil redundaria nisto mesmo. A mulher infértil é assim vitimizada pela lei, como titular de uma *capitis diminutio* que resulta de algo que pertence à sua esfera íntima. Um homem pode ser infértil e o casal não poder procriar, não porque a mulher padeça de falta de útero, lesão de útero, malformações deste órgão, ou «situações clínicas atendíveis», mas sim porque está realizando um tratamento de outra ordem que desaconselha a gestação no momento. Ou porque o sofrimento psicológico, que resulta para si, do problema de que padece infringir o princípio da igualdade, favorecendo a gestação de substituição só a mulheres incapazes de procriar, a mulheres vítimas de uma *deficiência* tida assim como paradigma da *normalidade* ou *destino* feminino, ser mãe? A consequência é vedar aos casais homossexuais masculinos o acesso à gestação de substituição, por ausência de uma parceira *vítima*. Isto atenta contra o princípio da não discriminação, que a lei da adoção, aliás, aboliu.

É possível legislar arredando o problema? Sim, na medida em que se admita o acesso à gestação de substituição *qualquer pessoa ou casal em que se detete uma situação de infertilidade e uma impossibilidade, ainda que não definitiva, de gerar*. Decorreria daqui

a vantagem adicional de evitar intrusão na esfera íntima por quaisquer entidades, bem como o paternalismo que resulta da governança da decisão parental por terceiros.

i) Não incriminação da gestante de substituição pelo facto de gerar para terceiros

No plano criminal, a gestante de substituição não deve ser em nenhum caso considerada autora de crime por gerar uma criança para outros, pois ela é sem dúvida tutelada por qualquer norma incriminadora de gestação de substituição (apologia, propaganda, realização em condições contrárias à lei e à saúde...).

j) Concretização jurídica dos direitos de género que a gestação de substituição potencia

IV. A gestação de substituição cria problemas de compatibilização com a promoção dos direitos de género e a estrénuo defesa do superior interesse das crianças, que importa identificar para acautelar juridicamente.

O Direito europeu é enfaticamente antidiscriminatório, mas obnubila por vezes os direitos de género, e tem sido mérito do discurso feminista evidenciar que, no que respeita à gestação de substituição, há que ter em conta efeitos perversos, a saber:

- Ela favorece o *paradigma do uso sexual reprodutivo das mulheres*;
- Ela favorece o *paradigma da abnegação exigida culturalmente às mulheres*;
- Ela potencia a *iminência de diminuir a presença feminina no espaço público*.

Uma gestante vulnerável não é uma mulher vocacionada para relacionamento saudável com a criança que gerou. E muito provavelmente também, arrasta o problema para outros domínios do seu relacionamento com crianças: as que assumiu ou venha a assumir como suas filhas, desde logo. Há que ter em consideração uma tal diáspora de infelicidade e perigo para a saúde mental, também destas, questão tantas vezes esquecida.

O tema da discriminação e vulnerabilização da gestante só se minimiza por via de uma leitura ingénua e/ou simplificada da gestação de substituição como pura expressão de solidariedade entre mulheres férteis e mulheres inférteis. É a leitura que resultava do Decreto Regulamentar, a leitura feita por quem assumia que só isso, e não também o

compromisso de gerar, o carinho da experiência e a ligação íntima com a criança são requisitos da construção jurídica de uma lei humanista.

V. Impõem-se, assim, normas relativas à gestação de substituição, bem como se impõem políticas de igualdade que tenham em conta a erradicação dos fatores discriminatórios identificados. Ao Estado Social compete não ignorar a iminência de desfavorecimento social e profissional que resulta de gestação de substituição que não seja criteriosamente legislada de acordo com princípios e acautelando os seus efeitos discriminatórios. Uma matéria do domínio privado como esta, tem inexorável dimensão pública, que compete acautelar.

É imperativo que o Direito estruture o mais cabalmente possível o esclarecimento das gestantes acerca das implicações de gerar uma criança para terceiros.

VI. Por regra, refere-se o “consentimento informado” de natureza médica e obnubila-se a indispensável a *informação social*, ou seja, *a informação sobre as consequências socioprofissionais da opção*.

O tempo de progressão social, profissional, de uma jovem mulher, que se minoram ou inexistem durante a gravidez e o pós-parto não devem deixar de ser compensadas. Uso a palavra “compensação”: não se trata de remunerar a gestante. Trata-se, sim, de adjuvar a sua integração na esfera pública após a gestação de substituição, a fim de contemporizar com a transformação de um ato de generosidade ou uma experiência assumida mas geradora de benefícios para terceiros e que tem consequências que o Direito valora, em *forma perversa de discriminação invertida*.

As políticas públicas têm de considerar o ponto. A quem compete tal – ao Estado apenas, aos comitentes, ou a ambos – é questão a ponderar.

§. 3.º DA DENSIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO

I. Perante as rigorosas exigências que as leis de gestação de substituição democráticas impõem, ocorrerá certamente perguntar se elas são fáceis e céleres. A resposta é obviamente negativa.

Mas não é desencorajadora do trabalho legislativo que se impõe. Nunca o respeito pelos direitos de género e das crianças se compaginou com facilitismos. O cumprimento dos

Direitos Humanos é uma dura batalha contra quimeras e mal-entendidos. Não vale argumentar que é derrotista olhar o tema por este prisma. Derrotista estará condenado a ser um cenário social confrontado com problemas que leviana e ingenuamente, em nome de alegado *progressismo*, adense as já enormes desigualdades de género, as já enormes infrações à Convenção sobre os Direitos da Criança.

II. Sempre, no labirinto dos desencontros e mal-entendidos que temas fraturantes como a gestação de substituição suscitam, surgem conotações sociais e políticas confusas. O que é natural: os grandes dilemas e decisões que envolvem o género e as crianças favorecem a invocação de falsos problemas.

Será a opção *pró-gestação de substituição* “de esquerda”, apodável de progressista, contra uma temerosa e obsoleta rejeição de princípio “direitista”?

E onde se situa a análise e a resposta feminista para o problema neste contexto controverso e conturbado?

Sobre a tríade feminismo/esquerda/direita, que sempre ocorre a quem procura opções favoráveis aos direitos de género coerentes com o ideário político em que se situa e sufraga, ocorrem-me agora, como há muitos anos, nos meus tempos de aluna de Direito, as palavras de Rosa Luxembourg. Ela escreveu que ser de direita e ser feminista é ter falta de estratégia. Ser de esquerda e não ser feminista é ter falta de profundidade.

Não vislumbro a dicotomia esquerda/direita aplicável às opções sobre a gestação de substituição. Há leis favoráveis, encorajadoras da gestação de substituição que são altamente retrógradas, como aconteceu entre nós entre setembro de 2016 e abril de 2018. E pode, e espero, que venha a entrar em vigor uma lei coerente com os direitos e interesses que se equacionaram *supra*, independentemente do perfil político da maioria parlamentar que a aprove. Fundamental é que seja uma maioria sensível aos Direitos Humanos em causa, o que implica não identificar um conceito vago, sem conteúdo jurídico – *gestação de substituição* – como bandeira de ideologias e não, como importa, como imposição de respeito pelos direitos e interesses das pessoas envolvidas.

Estou, porém, convicta de que a estratégia e a profundidade que Rosa Luxemburg impunha, essas, permanecem indispensáveis.

