



Universidade do Minho
Escola de Direito

Mariana Schafhauser Boçon

**Os Direitos Reprodutivos das Mulheres
- A lei portuguesa sobre procriação
medicamente assistida e a promoção
da igualdade de género**

**Os Direitos Reprodutivos das Mulheres - A lei portuguesa sobre procriação
medicamente assistida e a promoção da igualdade de género**

Mariana Schafhauser Boçon

UMinho | 2018

outubro de 2018



Universidade do Minho

Escola de Direito

Mariana Schafhauser Boçon

**Os Direitos Reprodutivos das Mulheres
- A lei portuguesa sobre procriação
medicamente assistida e a promoção
da igualdade de género**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direitos Humanos

Trabalho efetuado sob a orientação da

**Professora Doutora Benedita Ferreira Silva Mac Crorie
Graça Moura**

outubro de 2018

DECLARAÇÃO

Nome: Mariana Schafhauser Boçon

Endereço electrónico: marianabocon@gmail.com

Número do Bilhete de Identidade: 06V6F0101

Título da dissertação: Os Direitos Reprodutivos das Mulheres - A lei portuguesa sobre procriação medicamente assistida e a promoção da igualdade de género

Orientadora: Professora Doutora Benedita Ferreira Silva Mac Crorie Graça Moura

Ano de conclusão: 2018

Designação do Mestrado:

Mestrado em Direitos Humanos

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais por todo o carinho, compreensão e incentivo que, como numa mistura mágica, consolidaram a base a partir da qual sigo levantando os voos que desejo realizar.

Guga, irmão e melhor amigo, agradeço o apoio e companheirismo que nem o oceano separa.

Miguel, obrigada pelos sorrisos diários de incentivo e pelas palavras com propriedades calmantes para as minhas inquietações.

Amigas do mestrado e, desde então, amigas para a vida, obrigada pela recepção tão calorosa e pelo apoio educacional e gastronómico nessa nossa trajetória.

Victória e Joana, obrigada por todas as nossas conversas sobre um mundo mais igualitário e justo em que nós mulheres possamos seguir os nossos caminhos com liberdade e autonomia.

À minha orientadora Professora Doutora Benedita Mac Crorie, agradeço toda a disponibilidade, atenção e conhecimento transmitido ao longo desse meu percurso académico.

Aos demais professores e professoras do Mestrado em Direitos Humanos, agradeço por terem me ajudado a aprimorar meus estudos e me permitido melhor desenvolver a minha alteridade e humanidade.

Os Direitos Reprodutivos das Mulheres - A lei portuguesa sobre procriação medicamente assistida e a promoção da igualdade de género

RESUMO

Inicialmente formulado em uma concepção abstrata e generalista, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos foi se desenvolvendo e especificando para abranger as diferenças de indivíduos e sociedades. Nesse sentido, foi importante o movimento por uma maior atenção às necessidades e interesses das mulheres e consequentemente pela promoção dos seus direitos humanos, os quais incluem os denominados direitos reprodutivos. Atualmente, a proteção dos direitos reprodutivos das mulheres enfrenta novos desafios face aos avanços nas tecnologias reprodutivas, uma vez que estas, ao permitir que se alcancem os fins reprodutivos sem atividade sexual, trazem uma série de questões para a ideia de liberdade e autonomia reprodutiva. Assim, com base no marco histórico do desenvolvimento dos direitos humanos da mulher no Direito Internacional dos Direitos Humanos e tendo em conta a perspectiva de género, este estudo tem como objetivo analisar a proteção dos direitos reprodutivos das mulheres em Portugal, particularmente o papel que mudanças recentes na lei da procriação medicamente assistida, em virtude da promulgação das leis n.º 17/2016 e n.º 25/2016, tem desempenhado na promoção de maior igualdade de género no âmbito destes direitos.

The Reproductive Rights of Women - The Portuguese law on medically assisted procreation and the promotion of gender equality

ABSTRACT

Initially formulated in an abstract and generalist conception, the international system for the protection of human rights was developed and specified in order to encompass the differences of individuals and societies. In this sense, the movement for greater attention to the needs and interests of women and consequently for the promotion of their human rights, which includes the reproductive rights, was particularly relevant. Currently, the protection of women's reproductive rights faces new challenges as a result of advances in reproductive technologies, since by allowing reproduction without sexual activity, many new questions, concerning freedom and reproductive autonomy are raised. Thus, based on the historical framework of the development of women's human rights in the International Human Rights Law and taking into account a gender perspective, this study aims to analyze the protection of women's reproductive rights in Portugal, particularly the role that recent changes in the Portuguese law on medically assisted procreation, due to the enactment of the laws n.º 17/2016 and n.º 25/2016, have played in promoting greater gender equality within the scope of these rights.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – OS DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES	7
1. A evolução histórica dos direitos humanos das mulheres no direito internacional	7
1.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerão	8
1.2. A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.....	10
1.3. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993	12
2. O reconhecimento e proteção dos direitos reprodutivos.....	15
2.1. As Conferências Mundiais sobre População (1954, 1965, 1974) e o direito ao planeamento familiar.....	16
2.2. A contribuição da perspectiva de género no reconhecimento dos direitos reprodutivos	19
2.3. A Conferência Internacional de População e Desenvolvimento de 1994	28
2.4. A Conferência Internacional sobre a Mulher de 1995	33
2.5. A Recomendação Geral nº 24 do Comité CEDAW	35
2.6. As novas tecnologias reprodutivas e o desafio à proteção dos direitos reprodutivos das mulheres.....	38
CAPÍTULO II – OS DIREITOS REPRODUTIVOS FACE À EVOLUÇÃO DA LEI PORTUGUESA DA PMA	41
1. A Lei Portuguesa de PMA - Lei n.º 32/2006, de 26 de julho	41
2. As alterações legislativas à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho	53
2.1. Lei n.º 17/2016, de 20 de junho	64
2.2. Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto	70
2.3. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018	75

3. Os limites aos direitos reprodutivos das mulheres.....	79
3.1. A igualdade de género e o acesso à PMA pelos homens homossexuais.....	80
3.2. A igualdade de género e a mulher gestante de substituição.....	84
3.3. O superior interesse da criança	89
CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

INTRODUÇÃO

A procriação humana é elemento essencial à humanidade e sempre foi objeto de análise do conhecimento, começando com os mitos dos antepassados e vindo a se desenvolver com as ideias traçadas pelas crenças religiosas e as concepções definidas consoante o avanço da ciência.

Nesse sentido, a infertilidade sempre foi objeto de preocupação nas suas componentes médicas, psicossociais, demográficas e económicas, sendo considerada pela Organização Mundial da saúde (OMS) como um problema de saúde pública¹.

O estudo para o tratamento das situações clínicas de infertilidade conjugal teve significativo avanço com a introdução da técnica terapêutica da Fertilização in Vitro (FIV) quando em 25 de julho de 1978 nasceu a primeira criança da união do ovócito e do espermatozoide em laboratório.

A utilização da técnica trouxe esperança para muitos casais que viam o sonho de ter um filho impossibilitado por questões de saúde sexual e reprodutiva, entretanto, trouxe também o impulso para um debate de caráter ético-jurídico, filosófico e religioso que perdura até hoje consoante os avanços das denominadas técnicas de procriação medicamente assistida e o desenvolvimento da sociedade.

Afinal, as tecnologias de procriação medicamente assistida trazem uma mudança significativa na lógica reprodutiva até então compreendida na sociedade, uma vez que permitem a reprodução independente da prática sexual entre indivíduos e, conseqüentemente, trazem uma série de novos desafios aos denominados direitos reprodutivos.

Os direitos reprodutivos, no seu entendimento inicial, vinculavam-se à ideia de um direito ao planejamento familiar, no âmbito do desenvolvimento das teorias populacionais que defendiam a relação de controle de natalidade com o controle do desenvolvimento económico de uma sociedade e que tiveram significativo papel nas discussões entre os países nas frequentes conferências internacionais sobre população que aconteceram na segunda metade do século XX.

¹ A OMS define infertilidade como a incapacidade de um casal conseguir gravidez após um ano de relações sexuais sem contraceção.

No entanto, concomitantemente à defesa de tais teorias, decorria um importante processo de densificação do reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos, de modo que foram se colocando em discussão demandas específicas da condição feminina que vinham sendo negligenciadas no decorrer da história, seja devido ao aspecto biológico do sexo, seja devido ao constructo social do gênero.

Foi neste contexto de combate às discriminações sofridas pelas mulheres e com o objetivo de assegurar maior igualdade de direitos entre homens e mulheres que foi aprovada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, em 1979, a qual veio a se tornar relevante parâmetro para a promoção da igualdade independentemente do sexo, fazendo com que esse princípio base da luta feminista passasse a assumir outros contornos nos instrumentos internacionais posteriores.

Assim, toda essa conjuntura de reconhecimento dos direitos humanos das mulheres foi importante para se consagrar a ideia de que os direitos reprodutivos, para além de um direito a um planejamento familiar que deve ser garantido em condições de igualdade a todos, também envolvem o direito à vida e à autonomia corporal, o que tem significativo relevo quando consideramos os direitos das mulheres no decorrer da atividade reprodutiva.

Esse entendimento foi ganhando força nomeadamente nas Conferências Internacionais sobre população, como foi a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, quando se reconheceu que os direitos reprodutivos incluem também o direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.

Bem como quando, na IV Conferência Internacional sobre a Mulher, realizada em Pequim, China, em 1995, estabeleceu-se que o reconhecimento explícito e a reafirmação do direito de todas as mulheres a controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria fertilidade, é básico para seu fortalecimento.

Deste modo, não obstante parte do processo de consolidação dos direitos reprodutivos esteja intrinsicamente ligado à questão demográfica e de controle de natalidade, não se pode negar que muitos dos direitos estabelecidos nos instrumentos jurídicos internacionais colaboraram significativamente para o movimento

emancipatório das mulheres na conquista de seus direitos na esfera pública e privada, dentre os quais os direitos reprodutivos.

No entanto, atualmente ainda se constata que a desigualdade de género é um elemento fortemente presente nos mais variados âmbitos da sociedade, de modo que, apesar de existirem importantes instrumentos jurídicos para proteção dos direitos das mulheres, ainda há muitos outros aspectos a se analisar e proteger consoante o desenvolvimento da sociedade e da ciência, nomeadamente quando se tem consideração o avanço das denominadas tecnologias de procriação medicamente assistida.

Dessa forma, neste estudo, partimos da análise do desenvolvimento da proteção dos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos das mulheres primeiramente no âmbito internacional, de modo a elencar os instrumentos jurídicos que consolidaram o arcabouço jurídico de proteção desses direitos.

Bem como, buscamos verificar como as perspectivas de género, ao trazer questões como a vulnerabilidade e desigualdade entre os géneros, a sexualidade e o corpo feminino, as necessidades específicas das mulheres frente aos interesses político-financeiros presentes nas pesquisas científicas, tiveram importante papel no âmbito do desenvolvimento dos instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres.

Todavia, considerando que para além do plano normativo e abstrato das construções legais e das normativas internacionais, é importante analisar como na prática os Estados têm tratado efetivamente a questão dos direitos reprodutivos e as novas tecnologias reprodutivas, optamos por estudar a proteção dos direitos reprodutivos em Portugal, tendo em consideração as alterações ocorridas em 2016 na legislação portuguesa referente às práticas de procriação medicamente assistida, as quais trouxeram modificações significativas, nomeadamente a ampliação do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e a legalização da gestação de substituição.

Assim, a partir do arcabouço histórico de desenvolvimento dos direitos humanos das mulheres, dos respectivos documentos de Direito internacional de proteção dos mesmos, e tendo como pressuposto teórico uma perspectiva de género, o presente estudo almeja analisar o atual quadro jurídico internacional de proteção dos direitos reprodutivos e o papel que as recentes alterações na legislação portuguesa quanto às

técnicas de procriação medicamente assistida cumprem na promoção de uma maior igualdade de género dentro do âmbito desses direitos.

Afinal, a consagração de direitos reprodutivos das mulheres é algo recente dentro da história do Direito internacional dos direitos humanos, estando ainda em desenvolvimento e em constante mudança, principalmente diante da nova lógica de procriação trazida pelas atuais tecnologias.

Dessa forma, então, questionamos em que medida seriam as tecnologias de procriação medicamente assistida um importante mecanismo para fortalecer a promoção dos direitos reprodutivos das mulheres favorecendo sua contínua emancipação social bem como a promoção de uma maior igualdade de género? A forma como essas técnicas estão reguladas em Portugal são compatíveis com os instrumentos de Direito Internacional, bem como com uma visão em que se dê efetiva atenção às necessidades das mulheres na medida das suas características específicas?

Em Portugal, a ampliação dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, bem como a possibilidade da concretização de contratos de gestação de substituição acabam por permitir o acesso à parentalidade a pessoas que naturalmente não poderiam a ela aceder. Dessa forma, estarão a ser garantidas uma maior autonomia e liberdade nos direitos reprodutivos das mulheres e no exercício do seu planeamento familiar, ou, na verdade, continuam a ser sujeitas a medidas que as instrumentalizam em prol de um maior acesso à parentalidade? Nesse sentido, como conciliar a proteção dos direitos das mulheres envolvidas no contrato de gestação de substituição, isto é, como proteger os interesses da mulher beneficiária do contrato e os da mulher gestante de substituição?

Ademais, ainda que nesta tese nos centremos nos direitos das mulheres, é importante considerar que, no que toca às técnicas de procriação medicamente assistida, aos direitos reprodutivos estão sempre associados os direitos das crianças oriundas dessas técnicas. Em que medida, então, estão os direitos das crianças protegidos na atual legislação portuguesa sobre o assunto? Como conciliar a necessidade de anonimato na aplicação das técnicas com o direito da criança a saber a sua origem? Como regular e proteger o superior interesse da criança em um contrato de gestação de substituição em que também estão em questão os interesses da gestante e dos beneficiários?

Este estudo, portanto, tem por objetivo averiguar as conquistas em termos de direitos reprodutivos das mulheres no âmbito do direito internacional e, com o olhar crítico pautado nas contribuições das perspectivas de género, busca analisar o atual contexto de tais direitos diante das tecnologias reprodutivas.

Com a análise específica da situação de Portugal, nomeadamente tendo por base toda a discussão social e política que levou às recentes alterações legislativas, pretende-se entender, por sua vez, como se dá a aplicação prática dos direitos reprodutivos, questionando se a ampliação do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, bem como a legalização do contrato de gestação de substituição configuram uma maior promoção da igualdade de género e, conseqüentemente, uma maior proteção dos direitos reprodutivos das mulheres enquanto seres livres, autônomos e dignos.

CAPÍTULO I – OS DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES

1. A evolução histórica dos direitos humanos das mulheres no direito internacional

A história dos direitos humanos das mulheres é marcada por movimentos de luta por reconhecimento e legitimação uma vez que, até hoje, muitos contextos sócio-políticos são ainda marcados por uma visão patriarcal de sociedade e consequentemente impedem a efetiva implementação dos direitos que deveriam ser garantidos de modo igualitário a todas às mulheres independentemente da etnia, opção sexual, religião, opinião política e outras variáveis.

Deste modo, apesar de a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 proclamar que todos são iguais perante a lei, na realidade o tratamento dado aos interesses jurídicos de homens e de mulheres ainda sofria diferenciação, na medida em que apesar de as mulheres participarem de igual modo para o desenvolvimento do sistema internacional político, económico e social, a atenção dada aos seus problemas era mínima².

Assim, para o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos das mulheres, foi essencial a movimentação destas no sentido de trazerem ao debate político e jurídico internacional temas específicos da condição feminina, bem como de exigir normas que garantissem o reconhecimento efetivo dos seus direitos.

É nesse contexto então que acontece a aprovação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, em 1979, ponto de partida importante para o reconhecimento e maior proteção dos direitos das mulheres nas Conferências Mundiais sobre Direitos Humanos que iriam decorrer nos anos seguintes.

² Cf. Vital MOREIRA e Carla de Marcelino GOMES (coords.), *Compreender os direitos humanos – Manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 196, texto disponível em <http://igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/E.pdf> [05.02.2018].

1.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerão

No decorrer da história, os direitos humanos ganharam importância e mecanismos de proteção, visto que sua origem baseia-se no princípio fundamental da proteção da dignidade de todos os seres humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, dá-se início a um sistema global de proteção aos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas.

Proclamada como ideal comum a se atingir por todos os povos e todas as nações, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, podendo invocar os direitos e liberdades proclamados na Declaração sem distinção alguma, nomeadamente, de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Portanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos vem proclamar que todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei, bem como todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

A Declaração garante, assim, a proteção de uma série de direitos reconhecidos a homens e mulheres enquanto seres humanos dotados de direitos e dignidade, como o direito à liberdade de locomoção, o direito à propriedade, direito à liberdade de pensamento e ao trabalho, o direito de contrair matrimônio e fundar uma família, bem como de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, baseada numa formulação abstrata e de viés universal, fomenta a internacionalização da proteção dos direitos de todos os seres humanos, de forma que, a partir dela, os diferentes grupos de indivíduos deram ensejo à busca pela proteção internacional de direitos especificamente voltados à sua realidade, a fim de abarcar as suas diferenças enquanto pessoas e enquanto membros dos seus países, dentro da promoção da igualdade e dignidade humana.

A partir da Declaração, portanto, cada vez mais os instrumentos jurídicos de proteção dos direitos humanos passaram a promover direitos que levassem em consideração as diferenças oriundas do sexo, raça, nacionalidade, gerações, etc.

No desenvolvimento desse movimento de especificação da proteção dos direitos humanos, foi importante a Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerão, na qual, vinte anos após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados reuniram-se entre os dias 22 de abril a 13 de maio de 1968, com o objetivo de examinar os progressos alcançados desde a Declaração e assim elaborar metas para o futuro.

Tendo examinado os problemas relacionados na promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, a Conferência de Teerão proclamou ser indispensável que a comunidade internacional cumprisse com a sua obrigação solene de fomentar e incentivar os direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção nenhuma por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou de qualquer outra espécie.

Nesse sentido, a Conferência elencou que, no que toca à discriminação com base no sexo, o fato de a mulher seguir sendo vítima de discriminação, não gozando dos mesmos direitos que o homem, é contrário à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de forma que a eliminação desse tipo de discriminação é elemento essencial para a promoção dos direitos humanos e para o progresso da humanidade³.

Concomitantemente, sempre pautando sua luta no princípio da igualdade, com o reconhecimento internacional de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, nos termos do artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, as mulheres buscavam o reconhecimento sistemático e efetivo de seus direitos.

Entretanto, não era o que se constatava nos mecanismos de direito internacional estabelecidos à época, tal como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais⁴, uma vez que, embora determinassem o dever de garantir a igualdade entre homens e mulheres, ainda

³ Proclamação de Teerão, de 13 de Maio de 1968, parágrafo 15, *in* Gabinete de Documentação e Direito Comparado, texto disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIIPAG3_1_10.htm [10.01.2018].

⁴ Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966, texto disponível em http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf [27.12.2017] e Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 16 de Dezembro de 1966, texto disponível em http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf [27.12.2017].

eram documentos bastante incipientes no tratamento de questões específicas do universo feminino.

Assim, diante da constatação de que as convenções internacionais concluídas sob a égide da Organização das Nações Unidas não eram suficientes no combate às discriminações que as mulheres continuavam a sofrer, os Estados Partes, preocupados em assegurar maior igualdade de direitos entre homens e mulheres, tomaram um passo importante com a aprovação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, em 1979.

1.2. A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres

Nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 18 de Dezembro de 1979, a expressão “discriminação contra as mulheres” significa qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objetivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio⁵.

Dessa forma, os Estados Partes da Convenção, tomando em consideração a importância da contribuição das mulheres para o bem-estar da família e o progresso da sociedade, acordaram em prosseguir uma política tendente a eliminar a discriminação contra as mulheres e comprometeram-se, dentre vários pontos, a:

Inscrever nas suas constituições nacionais ou em qualquer outra lei apropriada o princípio da igualdade dos homens e das mulheres, se o mesmo não tiver já sido feito, e assegurar por via legislativa ou por outros meios apropriados a aplicação efetiva do mesmo princípio (cfr. art. 2.º, alínea a);

- a) Absterem-se de qualquer ato ou prática discriminatórios contra as mulheres e atuar por forma que as autoridades e instituições públicas se conformem com esta obrigação (cfr. art. 2.º, alínea d);

⁵ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 18 de Dezembro de 1979, artigo 1.º, texto disponível em <http://plataformamulheres.org.pt/docs/PPDM-CEDAW-pt.pdf> [12.02.2017].

- b) Tomarem todas as medidas apropriadas, incluindo disposições legislativas, para modificar ou revogar qualquer lei, disposição regulamentar, costume ou prática que constitua discriminação contra as mulheres (art. 2.º, alínea f).

Os Estados Partes estabeleceram assim o dever de tomar todas as medidas apropriadas, incluindo disposições legislativas, para assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso das mulheres, para assim promover a modificação dos modelos de comportamento sociocultural e papéis de género, bem como desenvolver o entendimento correto da maternidade como função social.

Nesse aspecto, a Convenção definiu no seu artigo 4.º que a adoção de medidas temporárias especiais visando acelerar a instauração de uma igualdade de fato entre os homens e as mulheres não é considerada um ato de discriminação, como no caso de medidas que visem proteger a maternidade em específico. Todavia, não devem ter como consequência a manutenção de normas desiguais ou distintas, devendo, portanto, ser retiradas quando os objetivos em matéria de igualdade de oportunidades e de tratamento tiverem sido atingidos.

A Convenção estabelece parâmetros para que os Estados tomem todas as medidas apropriadas para suprimir todas as formas de tráfico e de exploração da prostituição das mulheres; para eliminar a discriminação contra as mulheres na vida política e pública do país, nomeadamente no que respeita à aquisição, mudança e conservação da nacionalidade, à educação, ao acesso ao emprego, ao domínio dos cuidados de saúde e às questões relativas ao casamento e às relações familiares.

Ademais, com o fim de examinar os progressos realizados na aplicação da Convenção, o artigo 17.º criou o Comité para Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, para o qual os Estados Partes comprometeram-se a enviar relatórios sobre as medidas de ordem legislativa, judiciária e administrativa que tenham adotado para dar aplicação à Convenção⁶.

A Convenção tornou-se, assim, importante parâmetro para a promoção da igualdade independentemente do sexo, fazendo com que esse princípio base da luta feminista passasse a ter forte presença e também assumisse outros contornos nos

⁶ Cf. Rebecca J. COOK, *Women's Health and Human Rights - The Promotion and Protection of Women's Health through International Human Rights law*, Geneva, World Health Organization, 1994.

instrumentos internacionais posteriores, principalmente nas Conferências Mundiais sobre os Direitos Humanos e nas Conferências Mundiais sobre População⁷.

1.3. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993

No contexto do desenvolvimento da regulação internacional dos direitos humanos e especificação dos sujeitos de direitos, entre 14 a 25 de junho de 1993, em Viena, ocorreu a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que tinha como objetivo fortalecer e promover uma maior observância dos direitos humanos de forma justa e equilibrada.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena foi bem mais abrangente do que a Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerão e ofereceu uma oportunidade única para uma análise do sistema internacional dos direitos humanos e dos seus mecanismos de proteção, em que os Estados Partes, reconhecendo que a origem dos direitos humanos está na dignidade e no valor inerente à pessoa humana, sendo esta o sujeito central desses direitos e das liberdades fundamentais, enfatizaram as responsabilidades já anteriormente assumidas de desenvolver e estimular o respeito dos direitos humanos sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião⁸.

Desta Conferência resultou a Declaração e Programa de Ação de Viena⁹ que, com um programa de ação com cem parágrafos recomendatórios, é considerado o

⁷ “Embora seja o documento mais importante relativo aos direitos humanos das mulheres – por ter trazido à esfera das Nações Unidas, finalmente, o entendimento de que as mulheres são sujeitos de direito, e criado a obrigação legal dos Estados-partes de respeitar, proteger e implementar seus direitos –, a CEDAW é fruto do consenso possível à época. Os direitos, nas palavras de Norberto Bobbio, ‘nascem em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes’. Nascem, ainda, de modo ‘gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas’ (Bobbio, 1992, p.5). Não é por outra razão, pois, que o artigo 16(e) da CEDAW é uma formulação incipiente do que futuramente se tornariam os direitos reprodutivos, conceitualmente desenvolvidos e aprimorados nas conferências internacionais da ONU realizadas nos anos seguintes.” Cf. Laura Davis MATTAR e Carmen Simone GRILLO, “Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres”, in *Interface - Comunicação, Saúde, Educação (Botucatu)*, v. 16, n.º 40, 2012, p. 109, (aspas no original), texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop0212.pdf> [13.02.2018].

⁸ Cf. José Augusto Lindgren ALVES, “Direitos humanos: o significado político da conferência de Viena”, in *Lua Nova (São Paulo)*, n.º 32, 1994, pp. 170-180, texto disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100009&lng=en&nrm=iso [10.06.2017].

⁹ Declaração e Programa de Acção de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 25 de Junho de 1993, in Gabinete de Documentação e Direito Comparado, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/decl-prog-accao-viena.html> [02.02.2017].

documento mais abrangente adotado consensualmente pela comunidade internacional sobre o tema dos direitos humanos, contribuindo para a reafirmação da sua universalidade.

Dentre as temáticas abordadas na Conferência, estavam as diversas formas de discriminação e violência às quais as mulheres continuavam expostas em todo o mundo, tendo sido na Declaração e Programa de Ação de Viena que se colocou oficialmente em um documento internacional que os direitos das mulheres são direitos humanos, como se vê nos termos do parágrafo 18:

18. Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, económica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objectivos prioritários da comunidade internacional.

A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Isto pode ser alcançado através de medidas de carácter legislativo e da acção nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento sócio-económico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde, e a assistência social.

Os Direitos Humanos das mulheres deverão constituir parte integrante das actividades das Nações Unidas no domínio dos Direitos Humanos, incluindo a promoção de todos os instrumentos de Direitos Humanos relativos às mulheres.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta os Governos, as instituições e as organizações intergovernamentais e não governamentais a intensificarem os seus esforços com vista à protecção e à promoção dos Direitos Humanos das mulheres e das meninas.¹⁰

No seu capítulo que trata do tema “Igualdade de condição e os direitos humanos das mulheres”, a Declaração e Programa de Ação de Viena instou que as mulheres tivessem acesso pleno e igual a todos os direitos humanos e que isto fosse uma

¹⁰ Declaração e Programa de Acção de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, *op. cit.*.

prioridade para os governos e as Nações Unidas, sendo que a igualdade de condição das mulheres e seus direitos humanos deveriam ser integrados nas principais atividades do sistema das Nações Unidas de forma a erradicar todas as formas de discriminação contra a mulher, tanto abertas quanto veladas.

Dentre os atos discriminatórios contra as mulheres, são significativos os que ocorrem na área da saúde, os quais abrangem atos realizados na prestação de serviços de saúde básica e especializada, bem como atos referentes às pesquisas científicas em medicamentos e tratamentos clínicos¹¹.

Nesse sentido, a Conferência assumiu o compromisso de promover a igualdade da mulher e seus direitos humanos, reconhecendo às mulheres a importância do gozo de elevados padrões de saúde física e mental durante todo o ciclo da vida, reafirmando o direito da mulher a uma assistência de saúde acessível e adequada e ao leque mais amplo possível de serviços de planejamento familiar, bem como ao acesso igual à educação em todos os níveis¹².

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, reconhecendo pela primeira vez em um instrumento internacional os direitos das mulheres como direitos humanos, colaborou para realçar a necessidade de se garantir o direito de todas as mulheres a terem acesso aos adequados serviços de saúde e de planejamento familiar.

No entanto, tais preocupações apareciam de forma ainda muito abstrata e as medidas adotadas pelos Estados não tiveram significativo teor prático que pudesse ser capaz de mudar a realidade diária das mulheres.

Essa situação, entretanto, começou a mudar, principalmente a partir dos Planos de Ação definidos nas Conferências Mundiais sobre População em que ficaram demonstradas, por um lado, as preocupações dos Estados com a relação existente entre crescimento demográfico e desenvolvimento econômico, político e social, tendo sido retomadas as ideias malthusianas de controle de natalidade, e, por outro, o

¹¹ Muitos aspectos da saúde feminina foram negligenciados no decorrer da história, seja devido ao aspecto biológico do sexo, seja devido ao constructo social do gênero, de forma que muitas doenças que atingem majoritariamente as mulheres foram deixadas de lado na pesquisa científica, bem como esta, durante muito tempo, ignorou as especificidades físicas e mentais inerentes ao sexo feminino, fazendo com que muitos medicamentos fornecidos às mulheres sequer tivessem sido testados nos seus corpos, bem como muitos tratamentos não foram realizados da forma mais adequada às especificidades clínicas das mulheres.

¹² Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 25 de Junho de 1993, *op. cit.*, parágrafo 41.

fortalecimento dos movimentos feministas na luta pelos direitos das mulheres na área da saúde, em que muitos aspectos relacionados à garantia de condições adequadas ao planejamento familiar e ao acesso à saúde reprodutiva de qualidade passaram a ser cada vez mais demandados.

2. O reconhecimento e proteção dos direitos reprodutivos

A partir da análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos e posteriores instrumentos de direito internacional como a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Declaração e Programa de Ação de Viena, é possível aferir que dentre os direitos humanos das mulheres, nomeadamente dentro do espectro do direito à saúde, há um grupo de direitos que ocupam papel fundamental, posto que diretamente vinculado ao direito à vida, o direito a constituir família e ao princípio da dignidade da pessoa humana: os denominados direitos reprodutivos.

Os direitos reprodutivos têm sua origem na ideia do direito dos indivíduos à liberdade e autonomia de gerir a sua organização familiar, tendo inicialmente uma ligação estreita à ideia de um controle populacional, uma vez que se desenvolveu em meio à vigência de teorias populacionais que retomavam os argumentos apresentados por Thomas Malthus no século XVIII, no sentido de que o efetivo desenvolvimento mundial necessitava de uma estabilidade populacional, a qual deveria se dar com a redução das taxas de fecundidade. Essas teorias, denominadas teorias neomalthusianas, ocuparam, então, significativo papel nas discussões entre os países nas frequentes Conferências Internacionais sobre População que aconteceram na segunda metade do século XX.

Todavia, em paralelo à defesa das teorias de controle populacional, que viam na atividade reprodutiva uma forma de controlar o desenvolvimento econômico e social de uma sociedade, desenvolviam-se as ideias do movimento feminista que buscavam discutir a atividade reprodutiva e o corpo feminino como elemento de emancipação política, civil, social e sexual.

Desta forma, trouxeram à discussão dos direitos reprodutivos uma perspectiva de gênero, em que, a partir dessa categoria de análise, buscavam entender as relações de

poder entre homens e mulheres para se consolidar uma proteção dos direitos reprodutivos que atenda de forma igualitária e integral os interesses de ambas as partes.

Foi com base nessa dicotomia entre as ideias defendidas pelas políticas populacionais de controle de natalidade e pelos movimentos emancipatórios feministas que se desenvolveram as Conferências sobre População no decorrer da segunda metade do século XX.

2.1. As Conferências Mundiais sobre População (1954, 1965, 1974) e o direito ao planejamento familiar

A Primeira Conferência Internacional sobre População organizada pelas Nações Unidas aconteceu em Roma, de 31 de Agosto a 10 de Setembro de 1954, e teve como objetivo a troca de informação científica sobre as variáveis demográficas, as suas determinantes e consequências¹³.

A segunda Conferência Internacional sobre População aconteceu em Belgrado, de 30 de agosto a 10 de setembro de 1965, e, focou a sua análise demográfica na concepção de que a fertilidade deve ser parte de uma política de planejamento do desenvolvimento.

Em 1974, designado Ano Mundial da População, tem-se então a realização da terceira Conferência Mundial sobre População, em Bucareste, Romênia. Esta conferência, organizada pela ONU e contando com a presença das delegações oficiais, visava entender a relação entre a questão demográfica e o desenvolvimento socioeconômico de cada país, de forma a estabelecer políticas populacionais que gerassem o bem estar dos cidadãos, nomeadamente com a criação de um projeto de Plano de Ação Mundial sobre a População.

Duas linhas de pensamento tomaram conta do debate na Conferência Mundial sobre População, em Bucareste: a defesa de que o grau de desenvolvimento socioeconômico tem um papel mais importante do que os fatores demográficos; e a noção de que os problemas de população são muito diferentes segundo o contexto

¹³ Esta Conferência teve carácter eminentemente académico, visando produzir dados e conhecimento sobre a situação demográfica dos países em desenvolvimento.

social, cultural, político e económico de cada lugar de forma que dificilmente se poderia obter um consenso numa conferência que reuniu 138 países¹⁴.

Os principais pontos de divergência de opiniões estavam nos seguintes pontos: desenvolvimento, *status* da mulher e distribuição dos recursos mundiais. Ademais, a Conferência apresentava uma divisão entre países com concepções neomalthusianas que enfatizavam a redução da fecundidade para promover desenvolvimento, como eram os Estados Unidos; e os países que defendiam o fortalecimento das políticas de apoio e desenvolvimento em detrimento da ideia de controle de natalidade, como a União Soviética e a China.

Os resultados dos debates decorridos na Conferência acabaram por afastar as concepções de carácter neomalthusiano¹⁵ e o Plano de Ação Mundial da Conferência em Bucareste concretizou que “[a] base duma solução efectiva dos problemas de população é, antes de mais, uma transformação económica. Uma política de população pode ter um certo sucesso se faz parte integrante de um desenvolvimento socioeconómico; a sua contribuição para o problema do desenvolvimento do mundo é apenas parcial [...]”¹⁶.

Nesse sentido, o Plano de Ação Mundial sobre a População de Bucareste defendeu a necessidade de medidas que buscassem solucionar a desigualdade dos processos de desenvolvimento económico existente entre os diferentes países, de forma a criar uma nova ordem económica mundial. Ademais, reconheceu que a participação ativa da mulher no processo produtivo é essencial ao desenvolvimento, propondo, assim, que todos os países eliminassem todas as práticas sociais e todas as medidas legislativas que estabelecessem uma discriminação baseada no sexo.

Nesse sentido, foi então aprovada uma moção para se fomentar a igualdade entre os dois sexos, nomeadamente em matéria de educação, saúde, emprego e vida familiar,

¹⁴ Cf. J. Manuel NAZARETH, “Análise crítica do Plano de Acção Mundial sobre a População”, in *Revista Análise Social*, Vol. XI, n.º 44, 1975, pp. 736-750, texto disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223913202W2mPX4gx0Lz97GC5.pdf> [22.12.2017].

¹⁵ As concepções de carácter neomalthusiano primavam pela ideia de que o maior obstáculo ao desenvolvimento económico de um país é o seu crescimento populacional explosivo, sendo necessário atuar prioritariamente sobre as taxas de fecundidade excessivas. Nesse sentido, Cf. Sonia CORRÊA, José Eustáquio Diniz ALVES, e Paulo de Martino JANNUZZI, “Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores”, in Suzana Cavenaghi (org.), *Indicadores Municipais de Saúde Sexual e Reprodutiva*, Rio de Janeiro/Brasília, 2006, pp. 27-62, texto disponível em <http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/livros/article/view/142> [04.01.2017].

¹⁶ Cf. J. Manuel NAZARETH, *Análise crítica do Plano de Acção Mundial sobre a População*, op. cit., p. 738.

bem como ficou acordado que cada país iria adotar campanhas para informar devidamente todas as mulheres de seus direitos em todos os níveis socioeconômicos.

O Plano de Ação Mundial sobre a População salientou, assim, a importância da mulher no desenvolvimento de uma nação, reconhecendo que uma melhoria no seu *status* pode contribuir para reduzir a dimensão familiar e que, em contrapartida, o fato de a mulher poder planificar os nascimentos de seus filhos conseqüentemente também melhora o seu *status*.

Nesse aspecto, para encorajar uma parentalidade responsável e facultar às pessoas interessadas os meios adequados para planejarem adequadamente a sua família, cumpria assegurar que os serviços de planificação familiar e serviços associados não só se destinassem a evitar os nascimentos não desejados, mas também eliminassem a esterilidade involuntária ou a subfecundidade.

Dentre os serviços de planificação familiar, o Plano de Ação recomendou que os governos integrassem as políticas de planejamento familiar nos esquemas de segurança social, de forma que os profissionais da saúde e os trabalhadores sociais em geral trabalhem em auxílio aos serviços de planificação familiar, os quais devem incluir informações baseadas em conhecimentos científicos válidos, incluindo a contabilização dos riscos que podem envolver a utilização e a não utilização de contraceptivos.

O Plano de Ação fez, assim, um convite à elaboração de políticas de população, todavia, ao formular apenas uma recomendação teórica e genérica, sem atentar aos dados objetivos das taxas de natalidade de cada um dos países integrantes da Conferência, não deu verdadeira ênfase ao planejamento familiar como um instrumento eficaz para mudar o ritmo do crescimento populacional e, conseqüentemente, do desenvolvimento socioeconômico¹⁷.

A Conferência sobre População Mundial em Bucareste trouxe, portanto, à discussão pontos de vista bem distintos e polarizados no que toca à relação crescimento populacional e desenvolvimento socioeconômico, tendo de um lado países com uma visão otimista dessa relação, como Argélia, Argentina, China, Albânia, Roménia, Cuba

¹⁷ No entanto, sem estabelecer qualquer parâmetro objetivo e numérico de quais seriam as taxas de crescimento populacional desejáveis para cada país, o Plano de Ação acabou por afirmar que todos os países que considerassem as suas taxas de natalidade prejudiciais aos seus objetivos nacionais foram convidados a formular objetivos quantitativos e a elaborar políticas que permitissem atingi-los até 1985. Cf. J. Manuel NAZARETH, *Análise crítica do Plano de Acção Mundial sobre a População*, op. cit., pp. 744-745.

e Peru, e outros com uma visão pessimista, como México, Jugoslávia, Itália, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia.

No entanto, predominou a visão otimista, tendo sido preteridas as ideias neomalthusianas sobre a demografia do mundo, e tendo a Conferência sido importante por ter conseguido chegar ao fim com um Plano aprovado, o que representa o primeiro grande acordo internacional sobre população.

2.2. A contribuição da perspectiva de gênero no reconhecimento dos direitos reprodutivos

Assim, no contexto da Guerra Fria, começou a surgir a ideia do direito à liberdade e autonomia de gerir a organização familiar, sendo defendido dentro do âmbito dos direitos civis e políticos nos anos 1970 e 1980. No entanto, o reconhecimento desse direito humano ao planejamento familiar teve ligação estreita à ideia de um controle populacional, uma vez que se desenvolveu em meio à vigência de teorias populacionais dentro da política internacional.

Apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconizar o princípio da igualdade e da autonomia, a visão predominante na sociedade e na ciência colaborava para que as mulheres continuassem à parte dos avanços tecnológicos, bem como tivessem pouco espaço de decisão no planejamento familiar, sendo vistas apenas como o corpo-objeto que gesta outro ser, sofrendo, portanto, significativa discriminação e violação de seus direitos.

Afinal, no começo da humanidade no mundo ocidental, predominava uma série de dúvidas em torno da procriação da espécie humana, de modo que pelo fato de a mulher ser a portadora do grande mistério de dar à luz e por não se saber ao certo o nível de participação masculina na questão, dava-se grande poder às mulheres. Em estudos sobre as civilizações primitivas, há relatos sobre tribos inteiras que eram comandadas por mulheres, as quais eram fortes e independentes e valiam-se dos mistérios que envolviam a menstruação, procriação e maternidade para dominar¹⁸.

¹⁸ “Além das pesquisas junto às tribos remanescentes, outros indicativos de um período matriarcal, mesmo sem registros escritos, dizem respeito às interpretações mitológicas e das artes, ambas apontando a mulher como deusa maior, a Grande Mãe e a Senhora da Terra. Através da mitologia - ponto comum encontrado em todas as civilizações -, pode-se perceber uma espécie de auge do elemento feminino que

Todavia, períodos antes do segundo milênio A.C, começaram a ser derrubados os parâmetros de endeusamento das mulheres e no seu posto de domínio passaram a constar deuses masculinos, bem como, consoante os homens se apercebiam do seu papel da procriação, houve uma crescente valorização do elemento masculino, até chegar ao ponto em que o homem era visto como o portador da semente da reprodução e a mulher apenas a incubadora necessária à germinação, consolidando-se, assim, a dessacralização da maternidade¹⁹.

Deste modo, evidencia-se que, cada vez mais, as características biológicas definiam as capacidades mentais e os papéis sociais de cada um dos sexos na sociedade, de modo que a inteligência passou a caber ao masculino e a sensibilidade ao feminino, sendo a função precípua das mulheres a procriação²⁰.

Esta visão da superioridade masculina é corroborada, posteriormente, quando surge, com a Igreja Católica, a ideia de um Deus todo-poderoso, onipotente e onipresente que criou o homem à sua imagem e semelhança e a mulher, por sua vez, surgiu da costela daquele, sendo-lhe, portanto, inferior²¹.

Assim, com o Cristianismo foram dados à mulher dois possíveis papéis: o de Eva, pervertida e fonte do pecado, e o de Virgem Maria, mulher virgem, esposa e mãe dedicada, sendo este o venerado pela crença judaico-cristã.

Portanto, o desenvolvimento da espécie humana dependia da capacidade reprodutiva das mulheres, o que justificava o controle sobre seus corpos e a sua

gradativamente vai cedendo espaço para o elemento masculino, até finalmente acontecer o reverso numa grande virada”. Cf. Juçara Teresinha CABRAL, *Constituição histórica da sexualidade humana na tradição ocidental: uma contribuição para a educação-sexual*, Tese de mestrado apresentada ao Centro de Ciências da Educação da Universidade Federal de Santa Catarina, 1994, p. 84, texto disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/76082> [12.09.2018].

¹⁹ Aristóteles contribuiu com seus estudos para o fim da crença de que o homem não tem nenhuma participação na procriação, antes na verdade, quase atribui toda a responsabilidade ao homem, no sentido de que reduz consideravelmente o papel da mulher no processo procriativo, sendo que a semente da procriação está no esperma, e este vem do homem, e a mulher uma vez desprovida de semente, é apenas o receptáculo do novo ser. Nesse sentido, cf. Juçara Teresinha CABRAL, “Constituição histórica da sexualidade ...”, *op. cit.*, pp. 90-91.

²⁰ Cf. Laura Davis MATTAR, “Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – Uma análise comparativa com os direitos reprodutivos”, in *SUR – Revista Internacional de direitos humanos*, Ano 5, n.º 8, 2008, pp. 60-83, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a04.pdf> [03.01.2017].

²¹ “No século XIII, Santo Tomás de Aquino faz lembrar que a mulher foi criada da costela de um homem para lhe fazer companhia. No entanto esta companhia era para assuntos biologicamente indispensáveis, isto é, para procriar. Não fosse isso, um outro homem seria uma companhia mais agradável. Afinal, o homem nascera para ser o cabeça da família, pelo simples fato de residir nele o "discernimento da razão". A superioridade masculina estava evidente no ato sexual, pois o homem era ativo e a mulher passiva.” Cfr. Juçara Teresinha CABRAL, “Constituição histórica da sexualidade ...”, *op. cit.*, p. 99.

subordinação aos interesses dos homens, bem como estabelecia um modelo normativo pautado na ligação direta, nomeadamente para as mulheres, entre sexo e reprodução, de modo que a finalidade última da atividade sexual não era o prazer, mas sim a concepção, de modo a não se cair no pecado de Eva.

Isso não só gerou um controle sobre os corpos femininos, proibindo o sexo fora do casamento, como também definiu os discursos sobre o sexo no paradigma da heterossexualidade, de forma a excluir as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, já que não geram filhos.

Assim, com o decorrer dos tempos foi se fortalecendo a concepção de que o objetivo do ato sexual, nomeadamente dentro do instituto do matrimônio, é a procriação, sendo o sexo por prazer considerado um pecado, a fecundidade considerada graça divina e a esterilidade uma desgraça²².

Dessa forma, a consolidação da ideia de que mulher corresponde à figura de uma mãe, permitiu que a sexualidade, vista popularmente para os homens como a capacidade de gozo absoluto, fosse limitada às mulheres ao seu viés reprodutivo, permitindo às diversas instituições da sociedade se apropriarem do controle sobre a sua capacidade reprodutiva²³.

Bem como foi assim se desenvolvendo a ideia de uma responsabilidade integral da mulher no que se refere à reprodução humana: desde a gravidez, passando pelo parto, amamentação e educação dos filhos.

Como exemplo, na era Vitoriana, reforça-se a ideia do estereótipo da feminilidade inerente a toda mulher, cujo papel é ser a virtuosa, a mãe, a rainha do lar, o qual deve ser o seu lugar principal dentro da sociedade. Assim, molda-se uma nova dicotomia entre o homem e a mulher: o espaço daquele é o público, e o dela é o privado.

²² A mulher que não tem filhos perturba a ordem estabelecida das relações entre homens e mulheres e abala o sistema de exclusões que sustenta a ordem hierárquica, o poder de um sobre o outro. Cf. Patrícia Thomas REUSCH, e Rodrigo Cristiano DIEHL, “Questões contemporâneas de gênero e controle feminino sobre o corpo: uma análise sobre as novas tecnologias reprodutivas”, in *XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2016, p. 6, texto disponível em <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15871> [04.01.2017].

²³ Ao serem obrigadas a exercer a maternidade, muitas mulheres perderam a autodeterminação sobre seus próprios corpos, ficaram submetidas a uma exploração do seu poder reprodutivo pelo Estado, pela sociedade e pela Igreja, Nesse sentido, cf. Laura Davis MATTAR e Carmen Simone GRILLO, “Hierarquias reprodutivas ...”, *op.cit.*, p. 108.

E o progresso das ciências, ao invés de melhorar o caminho das mulheres, acabou por muitas das vezes reiterar esses papéis e a inferioridade da mulher em relação ao homem, fazendo com que as principais tecnologias a serem desenvolvidas para tratar aspectos vinculados à saúde da mulher dessem prioridade ao enfoque na sua capacidade reprodutiva, estabelecendo tratamentos de combate ao problema da infertilidade e métodos de contracepção cuja responsabilidade recaia prioritariamente sobre as mulheres, deixando de lado uma série de outros problemas clínicos que também compõem a saúde feminina²⁴.

Nesse mesmo caminho seguiu a proteção dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. Segundo Laura Davis Mattar²⁵ a evolução histórica da sexualidade feminina tem por base três princípios: 1) inicialmente, nos primórdios científicos, a mulher era considerada um corpo masculino menos desenvolvido; 2) depois de entendida a existência de “dois sexos”, entendeu-se que cada um tinha finalidades sociais determinadas por características biológicas, sendo a da mulher a da procriação; 3) durante muito tempo permaneceu a obrigatória vinculação entre sexo e reprodução, o que determinou que a heterossexualidade fosse considerada a forma natural de se relacionar sexualmente, sendo vedadas socialmente aquelas que buscam somente o prazer, como eram vistas as relações dos homossexuais ou as fora do casamento.

Nessa perspectiva do sexo como meio de procriação e em meio à vigência de teorias populacionais dentro da política internacional na primeira metade do Século XX, que viam no controle de natalidade um mecanismo de garantia e promoção do desenvolvimento das nações, tem-se que os primeiros debates acerca dos direitos reprodutivos tratavam-nos numa perspectiva de planejamento familiar, tendo por base um entendimento de controle populacional fortemente pautado por um viés masculino que fazia perpetuar uma visão patriarcal de sociedade, que pouco ou nada atendia às necessidades das mulheres.

²⁴ No século XIX, a medicina passa a ter uma nova especialidade: a ginecologia ou a medicina da mulher, a qual para além de tratar os órgãos reprodutivos da mulher, constituía uma ciência da feminilidade e das diferenças entre homens e mulheres, fortalecendo a ideia de que o sexo e a reprodução são mais importantes para a natureza da mulher do que para a do homem. Cf. Patrícia Thomas REUSCH, e Rodrigo Cristiano DIEHL, “Questões contemporâneas de gênero ...”, *op. cit.*, p. 8.

²⁵ Cf. Laura Davis MATTAR, “Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – Uma análise comparativa com os direitos reprodutivos”, in *SUR – Revista Internacional de direitos humanos*, ano 5, n.º 8, 2008, p. 67, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a04.pdf> [03.01.2017].

Entretanto, concomitantemente à forte presença dessas teorias e políticas de controle populacional, o movimento feminista ganhava cada vez mais força, buscando trazer o foco para as demandas das mulheres, colocando como objeto de estudo o corpo feminino, elemento de emancipação política, civil, social e sexual.

Para esse movimento, o tema da reprodução era fundamental, uma vez que a partir do direito à liberdade e autonomia com o próprio corpo e sexualidade, fora das amarras do Estado, da Igreja e das concepções tradicionais de família, as mulheres conquistavam elementos essenciais à busca de seus outros direitos.

Dessa forma, nos anos 1970, o movimento feminista questionava o enfoque limitado da ideia de direito humano ao planejamento familiar que via o amplo tema da saúde da mulher apenas no seu papel materno. Reivindicavam, assim, um maior debate público em torno da ideia de saúde integral da mulher, visando que o Estado atuasse para atender demandas como a descriminalização do aborto, o acesso público a métodos contraceptivos e maior acesso à informação sobre anatomia, medicamentos e procedimentos médicos.

Assim, dentro do espectro de especificação do sistema de proteção dos direitos humanos, o movimento das mulheres, a partir do questionamento da universalidade abstrata, do formalismo e do individualismo presentes na linguagem dos direitos humanos²⁶, trouxe ao âmbito de discussão internacional uma série de temas historicamente subvalorizados, colocando em pauta demandas específicas da condição feminina, bem como pondo em análise a relação hierárquica entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais, de modo que não houvesse prioridade de um grupo de direitos sobre o outro, assegurando-se assim a indivisibilidade de todos os direitos²⁷.

²⁶ Cf. Sonia CORRÊA, e Rosalind PETCHESKY, “Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma perspectiva feminista”, in *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro vol. 6, n.º 1-2, 1996, p. 154.

²⁷ “Adotada a Declaração Universal, a ONU começou a preparar uma Convenção ou Pacto destinado a regular a aplicação dos direitos recém reconhecidos internacionalmente. Contudo, alguns países se opuseram a uma única Convenção, alegando de que os direitos correspondiam a espécies distintas: os civis e políticos seriam de aplicação imediata, enquanto os econômicos, sociais e culturais seriam de aplicação progressiva. No contexto da Guerra Fria foi difícil chegar a um acordo. Os países capitalistas realçavam os direitos civis e políticos, enquanto os países socialistas realçavam os direitos sociais econômicos.”, cfr. José Eustáquio Diniz ALVES, “Direito Reprodutivo: o filho caçula dos Direitos Humanos”, s/d, p. 2, texto disponível em http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/direito_reprodutivo_filhocacula.pdf [10.08.2018].

Afinal, os direitos reprodutivos quando se referem à liberdade e à autonomia de exercer a atividade reprodutiva e gerir o planejamento familiar inserem-se no campo dos direitos civis e políticos, todavia quando considera-se que para exercer esses direitos é necessário garantir-se acesso à saúde e à educação, eles passam a ser tratados como direitos econômicos, sociais e culturais²⁸.

Nesse sentido, o movimento feminista, defendendo a integralidade dos direitos humanos, contribuiu para que os direitos reprodutivos passassem a compreender para além de uma perspectiva política e civil, as perspectivas sociais e econômicas que afetam de modo desigual os seus sujeitos de direito, nomeadamente quando se tem em vista as diferenças ainda existentes quer econômica, quer cultural e social, entre os diferentes grupos de mulheres ao redor do mundo²⁹.

Para além do que trouxe à análise dos direitos reprodutivos uma perspectiva de género, colocando em pauta a organização social das diferenças sexuais entre homens e mulheres a fim de romper paradigmas e modificar a concepção da proteção dos direitos reprodutivos para um viés integral e mais universal que atente de forma plena aos interesses das mulheres e homens nas suas respectivas necessidades.

Afinal, uma análise pautada numa perspectiva de género demonstrou-se essencial para que a proteção dos direitos reprodutivos e sexuais passassem a entender as relações de poder que se encontravam por detrás das definições dos papéis sociais de homens e mulheres, e assim desconstruir certos paradigmas predominantes que contribuíam para dificultar a garantia dos direitos humanos das mulheres. Afinal, quando pensamos no tratamento dado às mulheres pela sociedade e pela ciência, não podemos deixar de ter em vista uma perspectiva de género.

²⁸ “Esta tensão entre direitos civis e políticos, de primeira geração, com os direitos econômicos, sociais e culturais, de segunda geração, vem permeando o debate sobre os direitos reprodutivos, a construção de seu conceito e a forma como deve ser aplicado.” Cf. Denise Dourado DORA, “No fio da navalha”, in Denise Dourado DORA e Domingos Dresch da SILVEIRA (orgs.), *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*, Porto Alegre, Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Género, 1998, p. 40.

²⁹ O movimento de mulheres também colaborou para um maior equilíbrio da hierarquia dos direitos humanos, tradicionalmente separados em gerações na qual os direitos civis e políticos vinham antes dos econômicos e sociais. Nesse sentido, cf. Denise Dourado DORA, “Os direitos humanos das mulheres”, in Denise Dourado DORA e Domingos Dresch da SILVEIRA (org.), *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*, Porto Alegre, Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Género, 1998, pp. 33-36.

O termo gênero assume vários significados, dentre eles pode ser definido como o “conceito de ordem geral que abrange todas as características ou propriedades comuns que especificam determinado grupo ou classe de seres ou de objetos”³⁰.

Aplicando-se esse conceito às relações entre homens e mulheres dentro do âmbito da sexualidade, a separação entre o gênero masculino e o gênero feminino refere-se à totalidade de arranjos através dos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em atividades humanas e nas quais as necessidades humanas são tanto satisfeitas quanto transformadas³¹.

Isto é, a partir da criação social de dois gêneros dicotômicos, tendo por base o sexo biológico, estabelecem-se representações sociais do que corresponde a cada gênero, as quais, por sua vez, afetam as construções subjetivas de cada indivíduo, seja para fazer uma correspondência da sua realidade subjetiva que já é compatível ao construto de gênero que socialmente lhe é determinado, seja para transformar a sua identificação e auto-representação de modo a atender ao papel de gênero que é expectável.

Assim, no decorrer da história, as práticas sociais organizaram as diferenças biológicas e sexuais existentes entre homens e mulheres, conferindo determinadas associações ao masculino e ao feminino, como a atribuição aos homens da racionalidade, do pensamento lógico, da produção de cultura e às mulheres a afetividade, o natural, as emoções e a intuição, bem como, nesse âmbito, a procriação e a maternidade³².

³⁰ Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis, disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/genero/> [12.09.2018].

³¹ “As a preliminary definition, a ‘sex/gender system’ is the set of arrangements by which a society transforms biological sexuality into products of human activity, and in which these transformed sexual needs are satisfied”. Cf. Gayle RUBIN, “The Traffic in Women: Notes on the ‘Political Economy’ of Sex”, in Rayna R. REITER (ed.), *Toward an Anthropology of Women*, New York, Monthly Review Press, 1975, p. 159 (aspas no original), texto disponível em <https://philpapers.org/archive/RUBTTI.pdf> [12.09.2018].

³² “Recapitulando o que foi dito anteriormente, a caracterização de masculino e feminino, e sua distinção, em muitas culturas, com particularidade na Europa ocidental, tomou como base as diferenças biológicas/corporais e, depois, a estas associou diferenças psicológicas. As mulheres foram classificadas como seres determinados pela natureza (o corpo era algo considerado natural) e, por isso, eram-lhes determinados os papéis de esposas e mães. Essa concepção acerca das mulheres, desde cedo, associou uma outra imagem: elas deveriam servir à procriação da espécie. E mais outra: o sexo deveria servir, fundamentalmente, à procriação. Sob a influência do Catolicismo oficial (Roma), o sexo exercido como prazer foi considerado pecado. Dessas concepções, inferiu-se que as mulheres deveriam permanecer no espaço doméstico, da vida privada, familiar, exercendo um trabalho não remunerado, como gestoras da

Com isso continuamente foi reforçada a ideia de uma conjuntura familiar patriarcal, em que as mulheres cumprem os papéis de esposas e mães, cabendo-lhes a procriação da espécie, sendo que o progresso das ciências acabou por muitas das vezes reiterar as relações diferenciadas e discriminatórias entre a mulher em relação ao homem³³.

Nesse sentido, a autora Rosa Maria Godoy Silveira afirma que o movimento feminista foi essencial para promover uma série de críticas a essas concepções e buscou reformular o significado de gênero.

Segundo a autora, o gênero é uma dimensão da vida humana socialmente construída, no sentido de que até mesmo as diferenças biológicas entre homens e mulheres são elaboradas na vida social, consoante cada cultura, de modo que são oriundas das relações sociais e não pré-determinadas por diferenças psicológicas.

O conceito de gênero é também uma construção histórica, de modo que, conforme a época e o lugar, as diferentes sociedades e grupos sociais interpretam e dão significado às diferenças entre os sexos e as relações que se estabelecem entre si. Assim sendo, gênero é um conceito abrangente relacionado a vários outros elementos constitutivos das identidades de homens e mulheres, tais como classe social, etnia, geração, religião, etc.

O termo gênero buscaria estabelecer a diferença entre as características biológicas que determinam o sexo e aquelas que são construídas social e culturalmente e que determinam as concepções de masculinidade e feminilidade e também a subordinação das mulheres na sociedade.

Nesse sentido, o conceito de gênero na sua construção na história da humanidade serviu e continua a servir para classificar e desclassificar as diferenças entre homens e mulheres, com base no corpo, nas distinções anatômicas, apontando as suas alteridades e ao mesmo tempo, associando a esta classificação determinados qualificativos aos

família”. Cf. Rosa Maria Godoy SILVEIRA, “Diversidade de gênero – mulheres”, s/d, texto disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/03/03_rosa1_diversidade_genero.pdf [20.04.2018].

³³ “Ao nos debruçarmos sobre a produção científica do ponto de vista médico sobre o masculino e o feminino, o entendimento sobre os corpos e a evolução das teorias a respeito da sexualidade fica mais claro porque há ainda hoje grande dificuldade de primeiro, separar a prática do sexo da finalidade da reprodução e, depois, alterar os modelos de gênero que temos, com suas perversas estruturas de poder”. Cf. Laura Davis MATTAR, “Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais ...”, *op. cit.*, p.6.

homens e outros, às mulheres, criando uma desclassificação destas últimas, tanto nas práticas sociais quanto nos discursos.

Dessa forma, o conceito de gênero também serve para demonstrar as relações de poder que se estabelecem entre os homens e as mulheres, o que acaba por definir uma hierarquia que influencia na maior ou menor proteção dos direitos destas e daqueles.

Portanto, quando se compreende que o gênero é uma construção sociocultural e não uma relação pré-determinada, dilui-se a ideia de que cabe às mulheres exercer a maternidade, de que elas têm um instinto natural e obrigatório nos cuidados de um filho, retira-se, assim, o seu papel predestinado a ser mãe, bem como demonstra-se que outros conceitos vinculados ao tema, como família, cuidado e responsabilidade são também socialmente construídos.

Também quando se compreende que essas relações de gênero são construídas no tempo e no espaço, passa-se a compreender melhor os diferentes papéis que as mulheres de diferentes culturas são destinadas a cumprir, de modo que também as concepções sobre o exercício da maternidade variam entre os países.

Ademais, quando se tem em consideração que a perspectiva de gênero baseia-se numa relação de poder que permite priorizar ou desclassificar determinadas características de cada gênero, podemos perceber o quanto o gênero feminino foi prejudicado no decorrer da história e da proteção dos direitos.

Assim, uma análise de gênero pressupõe a coleta e exame sistemáticos sobre disparidades de gênero e relações sociais, com o objetivo de identificar, conhecer e reparar desigualdades fundadas em gênero.

Nesse sentido é que muitos estudiosos apontam para a importância de desconstruir cada um dos discursos que, de forma contínua e persistente, têm determinado as mulheres a um papel inferior e excludente dentro da sociedade atual, a fim de assim demonstrar o que cada um desses discursos significam dentro do contexto político e social, realizando-se, assim, uma análise de gênero³⁴ que posteriormente permita construir outras concepções que sejam baseadas em relações mais igualitárias³⁵.

³⁴ Acresce ainda que a teoria do gênero surge também da necessidade verificada pelo movimento feminista de aprofundar tais questões no plano ideológico, mediante a introdução de novos paradigmas e novos critérios ao trabalho científico através da inserção da mulher e do gênero como categorias de análise. A análise de gênero pressupõe a coleta e exame sistemáticos sobre disparidades de gênero e

2.3. A Conferência Internacional de População e Desenvolvimento de 1994

No constante embate entre as ideias defendidas pelas políticas populacionais de controle de natalidade e pelos movimentos emancipatórios feministas, é importante analisar o que foi discutido e definido no âmbito da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (a seguir CIPD), realizada entre os dias 5 a 13 de setembro de 1994, no Cairo, Egito, a qual foi considerada um marco na evolução dos direitos das mulheres, especialmente no que tange à capacidade de tomarem decisões sobre suas próprias vidas.

A CIPD tem por origem e base o considerável consenso internacional que já vinha se desenvolvendo desde a Conferência Mundial de População em Bucareste, em 1974, e a Conferência Internacional sobre População, da Cidade do México, em 1984, nas quais ficou cada vez mais consolidada a concepção que relaciona população e crescimento econômico sustentado e os progressos na saúde, educação e emancipação das mulheres.

A CIPD, entretanto, deixa de lado a ideia que fundamentou as Conferências anteriores de que o desenvolvimento socioeconômico de um país está relacionado ao seu crescimento populacional, para adotar a concepção de que o desenvolvimento e qualidade de vida dos indivíduos de uma nação dependem muito mais do pleno exercício dos direitos humanos e da ampliação dos meios de ação das mulheres.

Nesse sentido é a recomendação do parágrafo 1.12 do Programa de Ação do Cairo³⁶:

O presente Programa de Ação recomenda à comunidade internacional uma série de importantes objetivos de população e desenvolvimento, assim como metas qualitativas e quantitativas que se apoiam mutuamente e de importância decisiva para esses objetivos. Entre esses objetivos e metas estão: crescimento econômico sustentado no contexto de um desenvolvimento

relações sociais, com o objetivo de identificar, conhecer e reparar desigualdades fundadas em gênero. Nesse sentido, cf. Regina Beatriz de Andrade VARGAS, “A construção das políticas de saúde sexual e reprodutiva no Brasil”, Trabalho de conclusão do curso de graduação em administração apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, texto disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17986/000652909.pdf?sequence=1> [10.08.2018].

³⁵ Cf. Maria Luzia Miranda ÁLVARES, “Mulheres e participação política”, s/d, texto disponível em <http://www.ufpa.br/ifch/administrator/mulheresepolitica.pdf> [12.12.2017].

³⁶ Cf. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo –, de 13 de Setembro de 1994, parágrafo 1.12, p. 41, texto disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> [17.01.2017].

sustentável; educação, especialmente para moças; equidade e igualdade dos sexos; redução da mortalidade materna, de bebês e crianças e o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, inclusive de planejamento familiar e saúde sexual.

O Programa de Ação do Cairo traz ainda maior importância à questão da garantia e promoção dos direitos humanos das mulheres, bem como, diferentemente do que havia sido discutido no Plano de Ação Mundial de Bucareste, enfatiza o papel do planejamento familiar no desenvolvimento de uma sociedade e, conseqüentemente, traz à discussão a questão do pleno acesso aos serviços de saúde reprodutiva.

A Conferência tratou dessas temáticas tendo uma série de princípios base para suas fundamentações, dentre eles, há o princípio de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer natureza, como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra.

Nesse sentido, é também o princípio que defende a ideia de que o progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda a espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais dos programas relacionados com população e desenvolvimento, reconhecendo assim que os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.

No que toca a um acesso igualitário ao direito à saúde, há outro princípio que defende que toda a pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Dessa forma, os Estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui o planejamento familiar e a saúde sexual.

Partindo desses e outros princípios fundamentais, a CIPD tratou de vários temas, os quais foram estabelecidos em diferentes capítulos no Programa de Ação do Cairo, que trataram da igualdade dos sexos, equidade e empoderamento da mulher como um fim de alta importância, uma vez que a experiência demonstra que programas de

população e desenvolvimento são mais eficientes quando, simultaneamente, se tomam providências para melhorar a situação da mulher³⁷.

Com isto, o Programa de Ação do Cairo traçou como objetivos alcançar a igualdade e a justiça baseadas numa harmoniosa parceria de homens e mulheres e capacitar a mulher a realizar todo o seu potencial, assegurando que todas e todos recebam a educação necessária para satisfazer as suas necessidades humanas básicas e para exercer seus direitos humanos, eliminando toda a prática que discrimine a mulher, de forma a ajudá-la a estabelecer e realizar seus direitos, inclusive os relativos à saúde reprodutiva e sexual³⁸.

Nesta perspectiva, delegados de todas as regiões e culturas concordaram que a saúde reprodutiva é um direito humano e um elemento fundamental da igualdade de gênero, sendo ela definida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e as suas funções e processos, implicando que o seu pleno exercício corresponde à pessoa ter uma vida sexual segura e satisfatória, ter a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer³⁹.

A saúde reprodutiva, portanto, pressupõe que homens e mulheres tenham o direito de serem informados e de terem acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem a chance de ter um filho sadio.

³⁷ Nesse aspecto, o Programa de Ação do Cairo define a importância de incentivar e capacitar o homem a assumir a responsabilidade de seu comportamento sexual e reprodutivo, bem como tomar consciência dos seus papéis na sociedade e na família, de forma que questões de sexualidade e de saúde reprodutiva sejam compreendidas como de responsabilidades conjuntas entre homens e mulheres, enfatizando a responsabilidade partilhada do homem e o seu ativo envolvimento na paternidade responsável, no comportamento sexual e reprodutivo, inclusive o planejamento familiar. Cf. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo – *op. cit.*, parágrafo 4.1., p. 49.

³⁸ De conformidade com a definição de saúde reprodutiva, o acesso a serviços apropriados de saúde é definido como o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva, o que, nos termos do Programa, inclui também a saúde sexual, cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não só o aconselhamento e assistência relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis.

³⁹ Cf. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo – *op. cit.*, parágrafo 7.2., p. 62.

Dessa forma, conforme o disposto no Capítulo VII, parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo, ficava finalmente consagrado no âmbito do direito internacional o conteúdo do termo ‘direitos reprodutivos’:

[O]s direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

No exercício desse direito, homens e mulheres devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros, bem como as suas responsabilidades para com a comunidade, de forma que a promoção do exercício responsável desses direitos por todo o indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento familiar⁴⁰.

Nesse sentido, o Programa traçou como objetivos: a) assegurar que informação e toda uma série de serviços de assistência à saúde reprodutiva sejam acessíveis, permissíveis, aceitáveis e convenientes a todo o usuário; b) possibilitar e apoiar decisões voluntárias responsáveis sobre gravidez e métodos de planejamento familiar, que não contrariem a lei, e que todos tenham a informação, educação e meios de o fazer; c) atender às diferentes necessidades de saúde reprodutiva durante o ciclo de vida e assim o fazer de uma maneira sensível à diversidade de circunstâncias das comunidades locais⁴¹.

⁴⁰ “A saúde reprodutiva é motivo de frustração de diversos povos do mundo por causa de fatores tais como: níveis inadequados de conhecimento da sexualidade humana e informação e serviços inadequados ou de pouca qualidade na área da saúde reprodutiva; a predominância de um comportamento sexual de alto risco; práticas sociais discriminatórias; atitudes negativas com relação à mulher e à jovem; o limitado poder que têm muitas mulheres e moças sobre suas próprias vidas sexuais e reprodutivas. Os adolescentes são particularmente vulneráveis por causa de sua falta de informação e de acesso a serviços pertinentes na maioria dos países. Homens e mulheres mais idosos têm diferentes problemas de saúde reprodutiva e sexual, muitas vezes tratados de maneira inadequada.” Cf. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo – *op. cit.*, parágrafo 7.3., pp. 62-63.

⁴¹ Para tanto, ficou determinado que os países devem envidar esforços para tornar acessível a saúde reprodutiva a todos os indivíduos, no contexto de uma assistência primária à saúde que deve incluir: aconselhamento, informação, educação, comunicação e serviços de planejamento familiar; educação e

Neste ponto, enfatizou-se que os governos e outras organizações devem tomar providências positivas para incluir mulheres em todos os níveis do sistema de assistência à saúde, devendo ser lançados programas de assistência à saúde reprodutiva para atender às necessidades da mulher, inclusive das adolescentes, bem como envolver mulheres na liderança, planejamento, tomada de decisões, gerenciamento, execução, organização e avaliação de serviços.

No que toca especificamente ao planejamento familiar, o objetivo dos programas de planejamento deve ser o de capacitar casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e a ter a informação e os meios de o fazer e, assim, assegurar opções conscientes e tornar disponível toda uma série de métodos eficientes e seguros, de acordo com as suas próprias necessidades e as da sua família e da comunidade⁴².

Os governos, assim, foram instados, em todos os níveis, a criar um clima favorável ao planejamento familiar tanto no setor público, quanto no setor privado, bem como, líderes e legisladores, em todos os níveis, deveriam traduzir seu apoio público à saúde reprodutiva, inclusive ao planejamento familiar, em adequadas alocações orçamentárias, em recursos humanos e administrativos para ajudar a atender às necessidades de todos os que não podem arcar com o custo dos serviços.

Para tanto, a fim de garantir a concreta informação e os devidos meios para um efetivo exercício dos direitos reprodutivos, o Programa de Ação do Cairo chamou a atenção à importância da pesquisa científica na área da saúde reprodutiva, a fim de contribuir para a compreensão de fatores que afetam a saúde reprodutiva universal, inclusive a saúde sexual, e também para a expansão da opção reprodutiva, garantindo-se assim a segurança e qualidade nos métodos usados.

serviços de assistência pré-natal, de parto seguro e de assistência pós-natal; prevenção e o devido tratamento da esterilidade; aborto, inclusive a prevenção do aborto e o tratamento de suas sequelas; tratamento de infecções do aparelho reprodutivo e informação, educação e aconselhamento, conforme a necessidade, sobre a sexualidade humana, saúde reprodutiva e parentalidade responsável.

⁴² Para este tema, o Programa de Ação do Cairo, baseando-se na ideia de que programas de planejamento familiar funcionam melhor quando fazem parte de programas mais amplos de saúde reprodutiva e quando há mulheres internamente envolvidas no planejamento, na prestação, administração e avaliação dos serviços, traçou como objetivos: tornar os serviços de qualidade de planejamento familiar permissíveis, aceitáveis e acessíveis a todos que deles precisam e os queiram, assegurada, porém, sua confidencialidade; aumentar a participação e a partilha de responsabilidade do homem na prática efetiva de planejamento familiar, de forma a assim ajudar casais e indivíduos a alcançar seus objetivos de ter filhos segundo suas conveniências.

2.4. A Conferência Internacional sobre a Mulher de 1995

O entendimento adotado na CIPD fortalece-se imediatamente no ano seguinte, na IV Conferência Internacional sobre a Mulher, realizada em Pequim, China, em setembro de 1995, em que, para além de se reiterar a ideia de igualdade de direitos entre homens e mulheres e que os direitos das mulheres são direitos humanos, estabelece-se que o reconhecimento explícito e a reafirmação do direito de todas as mulheres a controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria fertilidade, é básico para seu fortalecimento⁴³.

Dentre os avanços paradigmáticos, a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, com ênfase no tratamento da situação da mulher sob a perspectiva de direitos, trouxe para a discussão institucional dos direitos das mulheres o conceito de gênero, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade.

O conceito de gênero, já aqui referido, trouxe uma compreensão de que as relações entre homens e mulheres é produto de padrões determinados social e culturalmente, os quais, sendo modificáveis, são elementos essenciais para mudanças no sentido de uma maior igualdade de direitos.

Dentre as medidas para mudança desse padrão, a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim enaltece a importância do empoderamento da mulher para que estas tenham o controle sobre o seu desenvolvimento, cabendo às instituições sociais e governamentais dar as condições de apoio necessárias para esse desenvolvimento.

A noção de transversalidade, por sua vez, elenca esses dois anteriores conceitos a fim de que a perspectiva de gênero integre efetivamente todas as nuances de atuação das políticas públicas a fim de promover maior empoderamento das mulheres e consequentemente maior igualdade entre homens e mulheres.

Nesse sentido, a Plataforma de Ação de Pequim reafirma que os direitos das mulheres são direitos humanos, de modo que a igualdade de direitos, a divisão equitativa das responsabilidades familiares, a parceria harmoniosa entre homens e mulheres, bem como a reafirmação do direito de todas as mulheres de controlarem todos os aspectos da sua saúde, em especial o da sua própria fertilidade, são essenciais ao seu

⁴³ Cf. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995 – de 15 de Setembro de 1995, texto disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf [17.01.2017].

empoderamento e conseqüente bem-estar pessoal e da suas famílias, bem como para a consolidação da democracia⁴⁴.

No que toca à saúde reprodutiva, a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim reconhece o direito do homem e da mulher a obterem informação sobre métodos seguros, eficientes e exequíveis de planejamento familiar e de ter acesso aos meios de sua escolha⁴⁵, como também um foco de preocupação quanto à proteção da saúde sexual.

No objetivo de promover maior empoderamento das mulheres, a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim estabeleceu, então, que os direitos reprodutivos, fazendo parte dos direitos humanos das mulheres, devem incluir o pleno respeito à integridade da pessoa humana, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas conseqüências, podendo a mulher decidir de modo livre de coerção, discriminação e violência, os aspectos relacionados à sua saúde sexual e reprodutiva.

Para tanto, os Estados Partes da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim assumiram o compromisso de promover o acesso da mulher a serviços de atendimento à saúde e à informação, devendo incorporar nas suas legislações nacionais o direito ao gozo de saúde física e mental no mais alto nível possível, nomeadamente a legislação relativa ao atendimento à saúde, para se proporcionar serviços de atendimento primário à saúde mais acessíveis economicamente e de qualidade, incluindo o atendimento à saúde sexual e reprodutiva, que compreende serviços de planificação familiar e informação a respeito, encorajando tanto as mulheres quanto os

⁴⁴ “A Plataforma de Ação reafirma o princípio fundamental, estabelecido na Declaração e no Programa de Viena, aprovados pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, de que os direitos humanos das mulheres e das meninas são uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Como programa de ação, a Plataforma objetiva promover e proteger o gozo pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as mulheres, ao longo de toda a vida.” Cf. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995, *op. cit.*, Capítulo I, Declaração de objetivos, parágrafo 2, p. 154.

⁴⁵ “[...]os direitos de reprodução abarcam certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas legislações nacionais, em documentos internacionais relativos aos direitos humanos e em outros documentos e consensos. Tais direitos têm por base o reconhecimento do direito fundamental de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de seus filhos, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles, a dispor de informação sobre os meios para isso e a alcançar o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva. Também inclui seu direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violências, em conformidade com o que estabelecem os documentos relativos aos direitos humanos. No exercício desse direito, os casais e os indivíduos devem ter em conta as necessidades de seus filhos nascidos e por nascer e suas obrigações para com a comunidade”. Cf. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995, *op. cit.*, parágrafo 95, p. 178.

homens a assumirem a responsabilidade de seu comportamento sexual com respeito à procriação.

A Declaração e Plataforma de Ação de Pequim apela, assim, à necessidade de medidas efetivas nas legislações dos Estados e consequente implementação de políticas públicas plenas e sem reservas no que toca à proteção dos direitos humanos das mulheres, uma vez que “[s]e os direitos humanos das mulheres, tal como definidos nos instrumentos internacionais de direitos humanos, não forem plenamente reconhecidos e efetivamente protegidos, aplicados, implementados e cumpridos na legislação e nas práticas nacionais, os códigos de família, civis, penais, trabalhistas e comerciais, assim como as normas e os regulamentos administrativos existirão apenas no papel.”⁴⁶

2.5. A Recomendação Geral nº 24 do Comité CEDAW

Nos termos do artigo 21.º da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (a seguir Comité CEDAW) presta contas das suas atividades todos os anos à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por intermédio do Conselho Económico e Social, e pode formular sugestões e recomendações gerais fundadas no exame dos relatórios e das informações recebidas dos Estados Partes.

Dessa forma, em 1999, o Comité CEDAW das Nações Unidas, afirmando que o acesso aos cuidados de saúde, incluindo a saúde reprodutiva, constitui um direito fundamental ao abrigo da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, elaborou a Recomendação Geral n.º 24⁴⁷, que trata sobre o tema Mulheres e Saúde, mais especificamente a respeito do artigo 12.º da Convenção.

Nos termos da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, cabe aos Estados Partes tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio dos cuidados

⁴⁶ Cf. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995, *op. cit.*, parágrafo 218, p. 224.

⁴⁷ Cf. General Recommendation No. 24 (20th session, 1999), made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, texto disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom24> [29.12.2017].

da saúde, incluindo os relativos ao planejamento familiar. Assim, o seu artigo 12.º, n.º 1, busca aumentar a proteção da saúde da mulher, quando estabelece que os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio dos cuidados de saúde, com vista a assegurar-lhes, com base na igualdade dos homens e das mulheres, o acesso aos serviços médicos, incluindo os relativos ao planejamento da família⁴⁸.

Acresce ainda que, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, alínea e), da Convenção fica definido que cabe aos Estados Partes garantir aos homens e às mulheres os mesmos direitos de decidir livremente e com todo o conhecimento de causa do número e do espaçamento dos nascimentos e de ter acesso à informação, à educação e aos meios necessários para permitir o exercício destes direitos⁴⁹.

Nesse sentido, a denominada Recomendação Geral n.º 24, tendo por base os relatórios apresentados pelos Estados Partes realçou que o dever destes de garantir, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços de saúde, à informação e à educação implica a obrigação de respeitar, proteger e cumprir os direitos das mulheres aos cuidados de saúde, de forma que é responsabilidade dos Estados Partes assegurar a todas elas legislações, ações executivas e políticas que cumpram com essas obrigações, sob pena de violação ao artigo 12.º.

Assim, o Comité CEDAW recomendou que os Estados Partes devem implementar uma estratégia nacional abrangente para promover a saúde das mulheres ao longo de sua vida útil, o que incluirá intervenções destinadas tanto à prevenção como ao tratamento de doenças e condições que afetam as mulheres, assegurando o acesso universal de todas as mulheres a uma gama completa de cuidados de saúde de elevada qualidade, incluindo os referentes à saúde reprodutiva, bem como a promoção de medidas que respondam à violência contra as mulheres.

⁴⁸ Cf. Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, *op. cit.*, artigo 12.º, n.º 1.

⁴⁹ “Na realidade, o artigo 16 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher nada mais fez do que especificar, com o olhar de gênero, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, dentre outros documentos internacionais.” Cf. Leila Linhares BARSTED, e Elizabeth GARCEZ, “A legislação civil sobre família no Brasil”, in Leila Linhares Barsted e Jacqueline Hermann (ed.), *As mulheres e os direitos civis*, Rio de Janeiro, 1999, p. 9, texto disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/direitoscivis/mulheres_direitos_civis.pdf [13.09.2018].

A Recomendação Geral n.º 24, também estabelece que os Estados Partes devem, em particular, assegurar a supressão de todas as barreiras ao acesso das mulheres aos serviços de saúde, à educação e informação, incluindo a área da saúde sexual e reprodutiva, de forma que não haja restrições a esse acesso pelo fato de as mulheres não terem autorização dos maridos, parceiros, pais ou porque são solteiras, ou pelo simples fato da sua condição de ser mulher. Nesse sentido, a Recomendação Geral n.º 24 enfatiza que os Estados Partes também devem atuar nas barreiras de acesso das mulheres aos cuidados de saúde no que se refere à existência de legislação que criminaliza procedimentos médicos necessários apenas às mulheres, realçando que é um ato discriminatório do Estado Parte se recusar a prestar certos serviços referentes à saúde reprodutiva das mulheres⁵⁰.

Assim, a Recomendação determina que os Estados Partes, nos seus relatórios, devem indicar quais as medidas que tomaram para assegurar o acesso atempado à saúde sexual e reprodutiva em geral e à gama de serviços relacionados ao planejamento familiar, nomeadamente dando-se atenção à educação em saúde reprodutiva e sexual aos jovens.

No que toca à saúde sexual e reprodutiva e à sua promoção de forma igualitária entre homens e mulheres, o CEDAW chamou a atenção em seu relatório à necessidade de se avaliar as medidas adotadas para cumprir o disposto no artigo 12.º em conexão com outros artigos da Convenção que também têm influência na garantia e promoção da saúde feminina, nomeadamente: o artigo 5.º, b), que exige que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social; artigo 10.º, h) que prevê o fornecimento de informações educacionais específicas para mulheres sobre planejamento familiar para ajudar a garantir o bem-estar das famílias; artigo 11.º, que diz respeito também à proteção da saúde das mulheres em condições laborais, incluindo-se a salvaguarda da função reprodutiva; e o artigo 16.º, 1, e), que exige que os Estados Partes assegurem às mulheres e aos homens, em condições de igualdade, o direito de decidir de forma livre e responsável sobre o número e o espaçamento de seus

⁵⁰ “For example, States parties should not restrict women's access to health services or to the clinics that provide those services on the ground that women do not have the authorization of husbands, partners, parents or health authorities, because they are unmarried or because they are women. Other barriers to women's access to appropriate health care include laws that criminalize medical procedures only needed by women and that punish women who undergo those procedures.” Cf. General Recommendation No. 24 (20th session, 1999), *op. cit.*, Key elements, Article 12 (1), point 14.

filhos e ter acesso a informações, educação e meios para que possam exercer esses direitos.

A Recomendação Geral n.º 24 coloca, portanto, o dever de os Estados Partes tomarem as medidas legais, judiciais, administrativas, orçamentárias, económicas e outras que sejam adequadas para assegurar que as mulheres realizem de forma plena o seu direito à saúde, cabendo, dessa forma, aos Estados, nos seus relatórios ao Comité, incluir análises sobre os impactos que as medidas adotadas tiveram sobre as mulheres.

2.6. As novas tecnologias reprodutivas e o desafio à proteção dos direitos reprodutivos das mulheres

Como exposto, embora boa parte do processo de consolidação dos direitos reprodutivos esteja intrinsecamente ligado à questão demográfica e de controle de natalidade, o que supõe uma forte componente moral e de intervenção estatal, não se pode negar que muitos dos direitos estabelecidos nos instrumentos jurídicos internacionais colaboraram significativamente para o movimento emancipatório das mulheres na conquista de seus direitos na esfera pública e privada.

Dessa forma, dentro de uma perspectiva histórica, as Conferências Mundiais sobre População e as já referidas Convenções e Tratados Internacionais foram fundamentais para consolidar o entendimento dos direitos reprodutivos das mulheres nos dias de hoje.

Afinal, embora muitos deles sejam considerados instrumentos de *soft law*, isto é, não possuem força jurídica vinculativa, não se pode negar que os seus dispositivos e recomendações estabelecem entendimentos que, ao almejar um patamar universal, impulsionam os Estados, bem como os indivíduos, a uma forma de agir que cada vez mais tutele os direitos humanos, opondo-se a formas discriminatórias e buscando fortalecer os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

No entanto, apesar de tais instrumentos já consolidarem importantes pontos no que se refere aos direitos reprodutivos das mulheres, ainda há muitos outros aspectos a se analisar e proteger, principalmente quando se constata que a desigualdade de género ainda é um elemento fortemente presente nos mais variados âmbitos da sociedade, bem

como quando se tem em consideração um contínuo avanço das tecnologias reprodutivas.

As atuais tecnologias de procriação medicamente assistida (a seguir PMA) trouxeram toda uma modificação paradigmática na ideia de reprodução, tornando-a independente da prática sexual entre indivíduos, o que, conseqüentemente, gerou a necessidade de mudanças dentro da grande temática aqui analisada dos direitos reprodutivos e a igualdade de gênero. Afinal, a possibilidade de se ter a finalidade reprodutiva sem a atividade sexual traz uma série de novos desafios à ideia de liberdade e autonomia de decidir sobre o planejamento familiar.

As diferenças biológicas entre homens e mulheres continuam a ter seu papel na atividade reprodutiva, entretanto, esta ganha, agora, a possibilidade de ser toda hermética e anonimamente realizada em laboratório, trazendo, assim, à discussão dos direitos reprodutivos, novos sujeitos de direito como mulheres solteiras e homossexuais, o que por sua vez exige o fortalecimento das medidas de combate às práticas discriminatórias contra as mulheres.

Nesse sentido, é importante ter em vista que o contínuo desenvolvimento das tecnologias reprodutivas não é garantia de uma distribuição equitativa da justiça, uma vez que a sua utilização depende de regulamentação, a qual, consoante o contexto social em questão, pode ser mais ampla ou mais restritiva. Ou seja, embora tais tecnologias reprodutivas estejam largamente avançadas, nem todos os países permitem a sua utilização de forma a atender a todos os seus cidadãos, impondo-se restrições que, baseadas em noções bioéticas, morais e jurídicas, irão delimitar os sujeitos que a elas terão acesso⁵¹.

Como visto, nos termos da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, cabe aos Estados Partes tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio dos cuidados da saúde, incluindo os relativos ao planejamento familiar.

Assim, no artigo 16.º, n.º 1, alínea e) da Convenção fica definido que cabe aos Estados Partes garantir a homens e mulheres os mesmos direitos de decidir livremente e

⁵¹ Cf. Sandrina Maria Araújo ALVES, e Clara Costa OLIVEIRA, “Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas”, in *Revista bioética*, vol. 22, n.º 1, 2014, pp. 66-75, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a08v22n1.pdf> [10.10.2017].

com todo o conhecimento de causa do número e do espaçamento dos nascimentos e de ter acesso à informação, à educação e aos meios necessários para permitir o exercício destes direitos.

Ademais, a denominada Recomendação Geral n.º 24⁵² Comité CEDAW das Nações Unidas, definiu que o dever dos Estados Partes de garantir, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços de saúde, à informação e à educação implica a obrigação de respeitar, proteger e cumprir os direitos das mulheres aos cuidados de saúde, assegurando a todas elas legislações, ações executivas e políticas que cumpram com essas obrigações.

Deste modo, tendo por base toda a evolução da proteção internacional dos direitos reprodutivos, bem como dos dispositivos de combate à desigualdade de género, é de significativa e atual importância analisar como os Estados têm tratado efetivamente a questão dos direitos reprodutivos e as novas tecnologias reprodutivas.

No presente caso, optamos por estudar a proteção dos direitos reprodutivos em Portugal, tendo em consideração as alterações ocorridas em 2016 na legislação portuguesa referente às práticas de PMA, as quais trouxeram modificações significativas no que toca à promoção da justiça e da igualdade de género, nomeadamente com a ampliação do acesso às técnicas de PMA.

⁵² Cf. General Recommendation No. 24 (20th session, 1999), *op. cit.*.

CAPÍTULO II – OS DIREITOS REPRODUTIVOS FACE À EVOLUÇÃO DA LEI PORTUGUESA DA PMA

1. A Lei Portuguesa de PMA - Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

A Constituição da República Portuguesa (a seguir CRP), no seu art. 36.º, n.º 1⁵³, estabelece que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

Assim, nos termos estabelecidos na constituição, a separação entre o direito de constituir família, por um lado, e o direito de contrair casamento, por outro, permite o entendimento de que o direito de constituir família abrange uma realidade mais ampla do que somente a família originada no casamento, para também considerar a família constituída por pai ou mãe e respetivos filhos⁵⁴.

Nesse sentido, o direito a constituir família significaria também que todas as pessoas independentemente de contraírem ou não casamento, têm um direito fundamental a procriar, um direito a ter filhos.

No entanto, importa considerar se este direito fundamental a procriar incluiria indistintamente também um direito fundamental à utilização das técnicas de procriação medicamente assistida para que se concretize o direito a ter filhos.

Segundo Diogo Leite de Campos, a procriação é uma necessidade e uma liberdade fundamental de muitos seres humanos, a qual deve ser assegurada pelas constituições e leis ordinárias, todavia, há limites que mesmo com o avanço da ciência e da sociedade, não devem ser ultrapassados⁵⁵.

Nessa sentido, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira questionam até que ponto o direito a ter filhos pode envolver também um direito às técnicas de PMA heterólogas ou

⁵³ Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976, Revista pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/82, de 30 de Setembro, 1/89, de 8 de Julho, 1/92, de 25 de Novembro, 1/97, de 20 de Setembro e 1/2001, de 12 de Dezembro, 1/2004, de 24 de Julho e 1/2005, de 12 de Agosto, texto disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html> [21.11.2017].

⁵⁴ Cf. Jorge MIRANDA, e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição revista, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 586.

⁵⁵ Cfr. Diogo Leite de CAMPOS, “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onipotência do sujeito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. III, 2006, texto disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54130 [28.07.2017].

à gestação de substituição, vindo a concluir que a resposta deve vir conjugada com os princípios da dignidade humana e do Estado de direito democrático, que garantem simultaneamente a autonomia pessoal e os seus limites⁵⁶.

Pelo que, o direito a constituir família e a procriar no âmbito do acesso às técnicas de PMA, encontra-se igualmente sujeito a limites constitucionais.

Dessa forma, no que toca à família, o art. 67.º, n.º 1, da CRP estabelece que a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

Assim, enquanto o art. 36.º da CRP garante o direito das pessoas a constituir família, o art. 67.º garante o direito da família à proteção da sociedade e do Estado, garante o direito a uma prestação social por parte do Estado a fim de se assegurar a realização das condições que propiciem à realização pessoal dos membros da família⁵⁷.

Ora, mais especificamente quanto à relação da proteção da família e o pleno exercício dos direitos reprodutivos, o artigo 67.º, n.º 2, alíneas d) e e), estabelece que incumbe ao Estado para a proteção da família, enquanto elemento fundamental da sociedade, garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes, bem como regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.

Este artigo prevê a positivação constitucional da utilização das técnicas de PMA como forma de concretização do direito a ter filhos, e segundo J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, reconhece *expressis verbis* a liberdade de procriação como liberdade negativa sem interferência do Estado, todavia, não se reconhece um direito subjetivo a qualquer técnica de procriação segundo o estado atual da ciência, uma vez que deve ser respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana. Bem como, pela sua própria natureza de ser um procedimento assistido, é um direito que também pressupõe

⁵⁶ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 567.

⁵⁷ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada ...*, *op. cit.*, p. 856.

dimensões prestacionais por parte do Estado, entretanto, com a devida obediência ao princípio da subsidiariedade⁵⁸.

Nesse sentido, no que toca a garantir a utilização das técnicas de PMA de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, é importante considerar o estabelecido no art. 26.º da CRP.

O n.º 1 do referido artigo estabelece que a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e nesse aspecto, o n.º 2 refere que a lei estabelecerá garantias efetivas para evitar abusos quanto à obtenção e utilização das informações relativas às pessoas e famílias.

A identidade pessoal é o que caracteriza a pessoa pela sua vivência pessoal e assim a diferencia em relação a todos os outros indivíduos, tendo nela incluído o direito à identidade genética própria, bem como o direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e da maternidade⁵⁹.

Já o direito ao desenvolvimento da personalidade tem por base a tutela da individualidade e a salvaguarda das singularidades da personalidade humana, sendo considerado como o direito de cada um escolher livremente e de acordo com as suas convicções como pretende conduzir a sua vida com autonomia e responsabilidade⁶⁰.

O art. 26.º, n.º 3 vai mais além num ponto de significativa importância para aqueles que nascem das técnicas de PMA no sentido que estabelece que a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica⁶¹.

No que se refere especificamente à regulamentação das técnicas de PMA, data de 1986 o primeiro Projeto de Lei⁶² sobre o tema, no entanto, confrontações ideológicas

⁵⁸ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada ...*, *op. cit.*, p. 859.

⁵⁹ Cf. Jorge MIRANDA, e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada...*, *op. cit.*, p. 444.

⁶⁰ Benedita Mac CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, Almedina, 2013, p.94.

⁶¹ “O n.º 3 deste artigo 26.º tem subjacente o reconhecimento de que a criação, desenvolvimento e utilização das novas tecnologias e a experimentação científica poder ser uma fonte de riscos para a dignidade das pessoas e para a identidade genética dos seres humanos. Por isso, a constituição reitera a necessidade de assegurar os direitos de personalidade consagrados no n.º 1, em face das novas tecnologias em matéria biológica e médica.” Cf. Jorge MIRANDA, e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada...*, *op. cit.*, p. 460.

⁶² Decreto lei n.º 319/86, de 25 de setembro, (DR, I Série n.º 221 de 25 de Setembro).

e políticas fizeram com que esta matéria só fosse efetivamente regulada em lei em 2006, com a aprovação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, estabelecendo as técnicas de PMA enquanto método subsidiário e não alternativo de procriação⁶³.

A lei n.º 32/2006, de 26 de julho, é oriunda de um extenso debate entre diversos setores da sociedade e da academia, tendo sido considerada de conteúdo significativamente liberal, muito embora, bastante intransigente no que toca aos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, tais como a dignidade humana, a não discriminação e a proibição do lucro a partir de produtos biológicos de origem humana.

Nesse sentido, nos termos originais da Lei n.º 32/2006, 26 de julho, ela aplica-se as seguintes técnicas de PMA: a) Inseminação artificial – que consiste na deposição de espermatozoides no interior da cavidade uterina, por meio de um cateter apropriado, quando há ovulação; b) Fertilização *in vitro* – em que os ovócitos são recolhidos a partir dos ovários, sendo de seguida fecundados com espermatozoides em meio laboratorial. Os embriões assim obtidos são posteriormente transferidos para o útero da mulher; c) Injeção intracitoplasmática de espermatozoides - a microinjecção de um único espermatozide no ovócito; d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos – quando os embriões criados durante um ciclo de FIV ou ICSI não forem todos transferidos, os casais podem decidir pela sua criopreservação para que possam ser utilizados numa tentativa posterior, para terem um segundo filho ou caso a primeira não dê um resultado positivo; e) Diagnóstico genético pré-implantação - é o diagnóstico de alterações genéticas e cromossómicas nos embriões, antes da sua implantação, para conseguir que os filhos nasçam sem doenças hereditárias; f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

O art. 3.º, da Lei de PMA estabelece que as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no fato de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

Nos termos do art. 4.º, as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação, sendo que o n.º 2 do referido artigo determinava que a utilização das técnicas de PMA só poderiam verificar-se mediante diagnóstico de

⁶³ O diploma que mais longe conseguiu chegar foi o Decreto n.º 415/VII, de 1999, resultante da Proposta de Lei n.º 135/VII, que foi vetado pelo então Presidente da República. Cfr. Vera Lúcia RAPOSO, André Dias PEREIRA, *Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida* (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), in *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, Julho/Dezembro 2006.

infertilidade ou em casos de tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Ademais, nos termos do art. 6.º da lei n.º 32/2006, de 26 de julho, as técnicas só podiam ser utilizadas em benefício de quem tivesse, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontrasse interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, bem como só as pessoas casadas que não se encontrassem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivessem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podiam recorrer a técnicas de PMA.

Nos termos da lei, a aplicação das técnicas de PMA são permitidas em centros públicos ou privados, desde que expressamente autorizados para o efeito pelo Ministério da Saúde, sendo definidos em diploma próprio: a) as qualificações exigidas às equipas médicas e ao restante pessoal de saúde; b) o modo e os critérios de avaliação periódica da qualidade técnica; c) as situações em que a autorização de funcionamento pode ser revogada.

Todavia, nos termos da lei, há situações em que as técnicas de PMA são proibidas, quais sejam, para fins de clonagem reprodutiva; para melhoramento de características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, a não ser que haja elevado risco de doença genética ligada ao sexo e para a qual não seja ainda possível a detecção direta por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

Acresce ainda que as técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objetivo de originar quimeras ou híbridos, cujo DNA possui sequências provenientes de mais de uma espécie. Também as técnicas de diagnóstico pré-implantação são proibidas em doenças multifatoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo. O descumprimento de alguma dessas proibições pode acarretar pena de prisão ou multa, nos termos definidos na lei.

Bem como nos termos do art. 8.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a denominada maternidade de substituição, 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, era considerado um negócio jurídico nulo, seja ele de carácter gratuito ou oneroso, e a mulher que suportasse

uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer.

O diploma legal também proíbe a criação de embriões através das técnicas de PMA com o objetivo deliberado da sua utilização na investigação científica, sendo, entretanto, lícita a investigação em embriões com o objetivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer finalidades terapêuticas. A utilização de embriões para investigação científica, portanto, supõe que seja razoável esperar que daí possam resultar benefícios para a humanidade, e cada projeto depende de apreciação e decisão do denominado Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

A lei ainda especifica que tipos de embriões podem ser utilizados para efeitos de investigação científica: são embriões criopreservados excedentários, para os quais não exista nenhum projeto parental; embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação; embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, prevista no quadro do diagnóstico genético de pré-implantação e também embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide. No caso dos embriões criopreservados excedentários e dos embriões com anomalia genética grave percebida no diagnóstico pré-implantação, a lei estabelece que a utilização para fins investigativos depende do prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.

Já no que se refere à doação de espermatozoides, ovócitos e embriões, a lei priorizou a utilização dos gametas dos beneficiários, exceto se não for possível obter gravidez ou gravidez sem doença genética grave com eles, quando, então, pode-se recorrer a ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros, desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gametas.

Segundo a lei, a definição de qual técnica de PMA será utilizada compete ao médico responsável, quem deverá propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem-sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico. Todavia, no que toca à objeção de consciência, a lei definiu que nenhum profissional de saúde pode ser obrigado a

superintender ou a colaborar na realização de qualquer das técnicas de PMA se, por razões médicas ou éticas, entender não o dever fazer, devendo, entretanto, especificar as razões de ordem clínica ou de outra índole que o motivaram.

No que se refere aos direitos dos beneficiários, a lei estabeleceu que eles não podem ser submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito ou cuja utilização comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho, bem como devem ser corretamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas dos tratamentos propostos, para além de serem informados das condições em que lhes seria possível recorrer à adoção e da relevância social desse instituto.

Os beneficiários têm direito a serem assistidos em um ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas requeridas para a correta execução da técnica aconselhável, bem como têm direito a conhecer as razões que motivaram a recusa de técnicas de PMA para o seu caso específico.

Em contrapartida a esses direitos, a lei definiu que os beneficiários também têm como deveres: prestar todas as informações solicitadas pela equipe médica ou que entendam ser relevantes para o correto diagnóstico da sua situação clínica e futuro êxito da técnica a se submeter, e depois devem observar rigorosamente todas as prescrições da equipe médica, quer durante a fase de diagnóstico, quer durante as etapas do processo de PMA.

Com o efetivo nascimento de crianças com a técnica de PMA, os beneficiários devem prestar todas as informações relacionadas com a saúde e desenvolvimento das crianças, a fim de serem globalmente avaliados os resultados médico-sanitários e psicossociológicos dos processos de PMA.

Segundo a lei, os beneficiários também devem ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas, a fim de com base no conhecimento dos seus direitos e deveres, poderem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável, sendo que o consentimento é livremente revogável por qualquer dos beneficiários até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

Conforme o disposto na lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a aplicação das técnicas de PMA rege-se pelo princípio da confidencialidade, de forma que todos aqueles que

por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a essas técnicas, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

Ademais, as pessoas nascidas do uso das técnicas de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos serviços de saúde, obter informações de natureza genética que lhes digam respeito, mas não sobre a identificação do dador. Podem, entretanto, informar-se, junto ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, sobre a existência de impedimento legal a projetado casamento, mantendo-se a confidencialidade da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir.

A identidade do dador também poderá ser obtida por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial. Em todos os casos, o assento de nascimento não pode conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

A confidencialidade também é aplicada quanto à conservação dos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores e crianças nascidas, em que se aplica a legislação de proteção de dados pessoais e de informação genética pessoal e informação de saúde. Sendo que é em diploma próprio, de acordo com a especificidade dos dados relativos à PMA, que decorre a regulamentação, nomeadamente, o período de tempo durante o qual os dados devem ser conservados, quem poderá ter acesso a eles e com que finalidade, bem como os casos em que poderão ser eliminadas informações constantes dos registos.

A lei definiu que os Centros autorizados a ministrar as técnicas de PMA não podem, no cálculo da retribuição exigível, atribuir qualquer valor ao material genético nem aos embriões doados, sendo que no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, o recurso às técnicas é suportado nas condições a serem definidas em diploma próprio consoante o parecer do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Em todo caso, segundo a lei, é proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

Em seguida a lei estabelece dispositivos específicos quanto a cada uma das técnicas de PMA. No seu art.º 19.º, referente à possibilidade da inseminação artificial ocorrer com o sémen de dador, estabeleceu-se que isto só poderia ocorrer nos casos em que não se pudesse obter gravidez com o sémen do marido ou com o daquele que

vivesse em união de fato com a mulher a inseminar, devendo o sémen do dador ser criopreservado.

No que toca à denominada determinação de paternidade nos respetivos casos de inseminação artificial, a lei n.º 32/2006, de 26 de julho, definiu que a criança fruto da técnica era havida como filha do marido ou daquele que estivesse vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, sem prejuízo da presunção de paternidade estabelecida no art. 1826.º do Código Civil.

Sendo que no caso de ausência do unido de facto no ato de registo do nascimento, determinou-se poder ser exibido, nesse mesmo ato, documento comprovativo de que aquele prestou o seu consentimento nos termos do artigo 14.º da lei, bem como no registo de nascimento é também estabelecida a paternidade de quem prestou o consentimento.

Todavia, se não fosse exibido, no ato de registo de nascimento, documento comprovativo do consentimento prestado, deveria lavrar-se registo de nascimento apenas com a maternidade estabelecida, para depois ser aplicado o disposto nos arts. 1864.º a 1866.º do Código Civil, com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e conseqüente estabelecimento da paternidade de quem o prestou.

Acresce ainda que a lei determinou que a referida presunção de paternidade podia ser impugnada pela pessoa casada ou que vivesse em união de fato com a pessoa submetida à técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado. Ademais, tratando-se de sémen doado, o dador não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

A lei também define as situações de inseminação artificial *post mortem*, proibindo a inseminação da mulher com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação, bem como o sémen que tenha sido recolhido para fins de inseminação, devido a um fundado receio de futura esterilidade, deverá ser destruído se o homem tenha falecido durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

É, porém, lícita a transferência *post mortem* de um embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do

falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Entretanto, se da violação da proibição de inseminação artificial *post mortem* resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido, exceto se a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de fato com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil.

Para a fertilização *in vitro*, a lei estabelece que só devem ser criados embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado, bem como o número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla. Os embriões que não forem transferidos nesse processo devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos, exceto no caso de embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.

Decorrido o prazo de três anos, os embriões podem ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo e a doação só pode verificar-se mediante o consentimento informado dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente, sendo que os embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projeto parental poderão seguir para investigação científica.

Quanto à fertilização *post mortem* e a fertilização com gametas de dador, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, estabeleceu que se aplica o mesmo que nos casos de inseminação artificial.

Quanto à técnica de diagnóstico genético pré-implantação - DGPI⁶⁴, a lei estabeleceu que a mesma tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso

⁶⁴ Esta técnica destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações genéticas que causam morte precoce ou doença grave quando exista risco elevado de transmissão a sua descendência e as indicações médicas para sua utilização são determinadas pelas boas práticas correntes e constam de recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área.

a técnicas de PMA, ou quando haja a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

Assim, é permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias (isto é uma alteração genética no número de cromossomos) nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA. No entanto, devem ser usadas técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Para além das determinações legais sobre a utilização das técnicas de PMA, a lei n.º 32/2006, de 26 de julho, criou o já aqui referido Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, ao qual compete genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA, tendo como atribuições o estabelecimento das condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA e onde são preservados gametas ou embriões, bem como fiscalizar o cumprimento da lei nesses centros, também apreciar, aprovando ou rejeitando, os projetos de investigação que envolvam embriões.

Ademais, a lei determinou que cabe ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida⁶⁵ apresentar à Assembleia da República e aos Ministérios da Saúde e da Ciência e Tecnologia um relatório anual sobre as suas atividades e sobre as atividades dos serviços públicos e privados, descrevendo o estado da utilização das técnicas de PMA, formulando as recomendações que entender pertinentes, nomeadamente sobre as alterações legislativas necessárias para adequar a prática da PMA à evolução científica, tecnológica, cultural e social, sendo que todas as entidades públicas, sociais e privadas têm o dever de prestar a colaboração solicitada pelo Conselho para o exercício das suas competências.

Por fim, no seu Capítulo VII, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, determina as situações em que a aplicação das técnicas de PMA é contrária à ordem jurídica estabelecida, definindo para tanto as respectivas sanções. Deste modo, são punidas nos termos da lei as práticas de PMA realizadas fora dos centros autorizados, bem como as

⁶⁵ O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida funciona no âmbito da Assembleia da República, que assegura os encargos com o seu funcionamento e o apoio técnico e administrativo necessários. Cfr. Art. 32.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

que resultem em clonagem reprodutiva e na escolha de características não médicas no nascituro, ou aquelas que sejam oriundas da recolha de material genético sem o consentimento do envolvido, ou nas quais tenha sido violado o dever de sigilo ou confidencialidade.

Essa lei foi mais tarde objeto de julgamento no Tribunal Constitucional, após o requerimento de trinta e um Deputados quanto à declaração da sua ilegalidade e inconstitucionalidade com fundamento em inconstitucionalidade formal e violação da Lei Orgânica do Referendo, e ainda em inconstitucionalidade material de diversas das suas normas.

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 101/2009, decidiu a) não declarar a inconstitucionalidade formal da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, por violação do artigo 115.º da Constituição; b) não tomar conhecimento do pedido de fiscalização da legalidade da Lei n.º 32/2006, 26 de julho, com fundamento na violação dos artigos 166.º e 167.º do Regimento da Assembleia da República; c) não tomar conhecimento do pedido de fiscalização da legalidade da Lei n.º 32/2006, com fundamento na violação de normas de direito internacional convencional; d) não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 4.º, n.º 2, 6.º, 7.º, n.º 3, conjugado com o artigo 30.º, n.º 2, alínea q), 9.º, n.º s 2 a 5, conjugado com o artigo 30.º, n.º 2, alíneas e) e g), 10.º, 15.º, n.º s 1 a 4, 19.º, n.º 1, 20.º, 21.º, 24.º, 25.º, 27.º, 28.º, 29.º, 36.º e 39.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho⁶⁶.

No entanto, o contínuo desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas de PMA; o aumento da taxa de infertilidade/esterilidade sugerido pelo indicador indireto do aumento da idade média da mãe ao ter um filho e a complexidade das questões éticas suscitadas pelo tema demonstraram a insuficiência e as imperfeições da legislação vigente, incentivando contínuos debates acerca da necessidade de alterações legislativas, o que levou, mais recentemente, à proposição de quatro projetos de lei na Assembleia da República, dos quais viriam culminar as Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e também a lei n.º Lei n.º 58/2017, de 25 de julho.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, Diário da República n.º 64/2009, Série II de 2009-04-01, texto disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized> [25.07.2018].

2. As alterações legislativas à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

Tendo em vista o desenvolvimento da ciência e das técnicas de PMA, bem como as mudanças na sociedade no sentido de se verificar um crescimento da taxa de infertilidade-esterilidade em decorrência do aumento na idade média de se ter um filho, como também as mudanças na concepção de família, de modo que a exclusão do acesso às técnicas a pessoas do mesmo sexo passasse a ser vista como uma limitação séria da autonomia das pessoas, temos que a lei n.º 32/2006, de 26 de julho, foi cada vez mais se mostrando insuficiente para a complexidade das questões suscitadas pelo tema.

Dessa forma, diante da necessidade de alterações à legislação então em vigor a fim de a mesma se adaptar às mudanças na ciência e na sociedade, foram apresentados quatro projetos de lei, quais sejam:

- Projeto de Lei 6/XIII (1.^a) PS - Segunda Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alargando o âmbito dos beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida;
- Projeto de Lei n.º 29/XIII (1.^a) PAN - Assegura a igualdade de direitos no acesso a técnicas de Procriação Medicamente Assistida, procedendo à segunda alteração à lei n.º 32/2006 de 26 de Julho;
- Projeto de Lei n.º 36/XIII (1.^a) BE - Garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (PMA) e regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro;
- Projeto de Lei n.º 51/XIII (1.^a) PEV - Alarga as condições de admissibilidade e o universo dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

O Projeto de Lei n.º 6/XIII, de proposta do Partido Socialista (a seguir PS), tendo por base a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, propôs uma alteração à lei, a fim de introduzir alterações que melhorassem o diploma e alargassem o âmbito de destinatários, de forma a eliminar certas discriminações injustificadas.

O PS defendeu que, nos termos definidos na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a manutenção da opção por um recurso meramente subsidiário às técnicas de PMA face às possibilidades permitidas pelo desenvolvimento da ciência representa uma restrição à liberdade individual e à autonomia de vontade daqueles que querem realizar um projeto parental.

Ademais, a lei, ao estabelecer os critérios de acesso às técnicas de PMA com base no estado civil e orientação sexual das beneficiárias, concretiza uma discriminação incompatível com o princípio da igualdade definido no art. 13.º da CRP, bem como

permanece em desconformidade com uma visão integrada do direito a constituir família do artigo 36.º da CRP⁶⁷. Assim, o Partido Socialista entendeu que a lei em vigor também não assegurava plenamente a realização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, plasmado no n.º 1 do artigo 26.º da CRP.

Nesse sentido, apresentaram em seu projeto uma revisão da lei que alterava o regime de beneficiários das técnicas de PMA, de modo a eliminar os requisitos que condicionavam o acesso em função do estado civil e da orientação sexual dos casais, passando a exigir apenas a maioridade, a ausência de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e a prestação de consentimento informado e, simultaneamente, passando a definir as técnicas como complementares, e não subsidiárias, de procriação⁶⁸.

Foram ainda introduzidas alterações destinadas a regular a definição da parentalidade nos casos de recurso à PMA por casais, bem como a admitir um alargamento da possibilidade, que já era admitida na lei n.º 32/2006, de 26 de julho, de inseminação *post mortem*, contanto que fosse correspondente a um projeto parental previamente consentido pelo dador.

Já o Projeto-Lei n.º 29/XIII, de autoria do Partido Pessoas-Animais-Natureza (a seguir PAN), apresentado em 13 de novembro de 2015, defendia que a lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mantinha uma desigualdade às mulheres que não estão casadas ou unidas de fato com um homem, bem como, a manutenção do caráter subsidiário das técnicas de PMA revelava-se um obstáculo à autonomia e à liberdade individual que não permite que os avanços da ciência pudessem ser colocados ao serviço de todos de modo igualitário⁶⁹.

⁶⁷ “A defesa ativa de um único modelo familiar caberá a outras instâncias, mas não ao Estado, o qual só pode basear-se em critérios de racionalidade e, a partir dos mesmos, atuar no sentido de remover os obstáculos infundados à felicidade das pessoas, o que é bem diferente de oferecer a felicidade em si mesma. Cfr. Projeto de Lei 6/XIII, p. 3, texto disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c3342716244597457456c4a5353356b62324d3d&fich=pl6-XIII.doc&Inline=true> [15.12.2017].

⁶⁸ Efetivamente, a evolução científica no âmbito das técnicas de reprodução assistida erradicou a visão da infertilidade enquanto facto inultrapassável e determinado pela natureza (em que as pessoas que não podiam ter descendência biológica se conformavam com esse facto), para se passar a defender que estamos perante direitos reprodutivos, para alguns enquadrados mesmo na quarta geração de direitos fundamentais, enquanto direito a ter filhos mesmo quando o corpo não o permite. Cfr. Projeto de Lei 6/XIII, *op.cit.*, p. 4.

⁶⁹ O parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e as declarações de Rui Nunes, à data presidente da Associação Portuguesa de Bioética, e de Eurico Reis, à data presidente do Conselho

Desta forma, à semelhança do Projeto de lei apresentado pelo PS, o PAN defendeu uma alteração à lei de PMA então em vigor, a fim de se retirar os critérios de acesso baseados na orientação sexual e no estado civil das beneficiárias, passando a exigir apenas o consentimento informado, a maioria e a ausência de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; bem como para promover a definição das técnicas de PMA como complementares de procriação, retirando a obrigatoriedade da prova de infertilidade, de modo a também se passar a uma nova regulação da determinação da parentalidade em função do alargamento do âmbito de destinatárias. Ademais, também sugeria uma ampliação na regulação da transferência *post mortem* de embrião.

Em 19 de novembro de 2015, por sua vez, o Bloco de Esquerda (a seguir BE) apresentou o Projeto de Lei n.º 36/XIII/1ª, o qual também partiu do pressuposto de que a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, apresentava insuficiências nomeadamente quanto à possibilidade de um acesso mais amplo às técnicas da PMA, quer para alguns casais, quer para mulheres solteiras e/ou sozinhas. Deste modo, como o PS e o PAN, o BE propôs o acesso de todas as mulheres às técnicas de PMA, todavia diferenciou-se dos outros projetos, pois também propôs a regulação da denominada gestação de substituição⁷⁰.

Assim, o BE propôs como alterações à legislação de PMA então em vigor: a) acesso às técnicas a todos os casais e a todas as mulheres independentemente do seu estado civil; b) a retirada do critério de diagnóstico de infertilidade para aceder às técnicas de PMA, e; c) possibilidade de recurso à gestação de substituição nos casos em

Nacional de Procriação Medicamente Assistida demonstram que, com a actual legislação, o Estado está a veicular a discriminação em relação às mulheres e em função da orientação sexual, desconsiderando a autonomia e liberdade individuais e pondo em causa direitos fundamentais de cidadãos/ãos, valorizando um tipo particular de família e discriminando outros projectos de parentalidade. Cfr. Projecto-Lei n.º 29/XIII, p. 2, texto disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d6a6b7457456c4a5353356b62324d3d&fich=pjl29-XIII.doc&Inline=true> [15.12.2017].

⁷⁰ “Interessam-nos os direitos de tantas mulheres que querem aceder a técnicas de PMA e que hoje não o podem fazer porque a atual lei reconhece apenas um tipo particular de família; interessa-nos dar resposta ao legítimo direito a ter filhos por parte das mulheres que não têm útero ou têm uma lesão que impede a gestação e, portanto, necessitam de gestação de substituição para concretizarem um projeto de parentalidade”. Cfr. Projeto Lei n.º 36/XIII, p. 2, texto disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d7a597457456c4a5353356b62324d3d&fich=pjl36-XIII.doc&Inline=true> [15.12.2017].

que se verifique ausência de útero e lesão ou doença deste órgão que impeça a gravidez de outra forma⁷¹.

O BE considerou que as alterações propostas promoviam um maior respeito às famílias na sua diversidade e aos projetos de parentalidade de cada um e de cada uma, bem como no que concerne à gestação de substituição, defendeu ser o único recurso capaz de permitir ultrapassar algumas situações que impedem mulheres de terem filhos como a ausência de útero e lesão ou doença deste órgão que impeça de forma definitiva e absoluta a gravidez da mulher, e por isso, cada vez mais necessária à regulação da gestação de substituição nas situações clínicas acima referidas numa base altruísta e a título gratuito.

Para além das referidas propostas de alteração à lei em vigor, o BE também apresentou proposta quanto à transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito e antes do falecimento de um dos progenitores, bem como defendeu a possibilidade de se passar a permitir o alargamento do prazo de criopreservação dos embriões por um novo período de três anos.

Por último, o Grupo Parlamentar “Os Verdes” (a seguir PEV) defendeu no seu Projeto de Lei n.º 51/XIII/1ª que a lei da PMA então em vigor era restritiva no sentido de assumir a PMA apenas como método subsidiário, vinculada aos casos de infertilidade, de tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doenças, bem como era discriminatória pelo fato de excluir qualquer mulher que não seja membro de um casal, ou, mesmo sendo, quando são casadas ou unidas de fato com pessoa do mesmo sexo, acrescentando ainda uma discriminação económica das mulheres, na medida que aquelas que têm posses económicas podem realizar o seu projeto de maternidade noutros países⁷².

Assim, o PEV apresentou, em 20 de novembro de 2015, projeto de lei a definir que as técnicas de PMA fossem tidas como um método complementar de procriação,

⁷¹ Neste ponto em concreto (alteração ao artigo 8.º) o BE assumiu a proposta de alteração que foi exaustivamente discutida e mereceu amplo consenso no Grupo de Trabalho – Procriação Medicamente Assistida (GT-PMA).

⁷² Cf. Projeto de Lei n.º 51/XIII/1ª <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734e54457457456c4a5353356b62324d3d&fich=pj151-XIII.doc&Inline=true> [15.12.2017].

bem como que os beneficiários não se restringissem apenas a casais, e que, dentro destes, não existisse discriminação em razão da orientação sexual dos seus membros.

Face aos referidos projetos de lei, duas importantes entidades emitiram seus pareceres sobre o tema: o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (a seguir CNPMA) e o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (a seguir CNECV)⁷³.

No seu parecer, o CNPMA optou por fazer uma análise comparativa, artigo a artigo, dos quatro projetos de lei quanto às alterações à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, tendo daí chegado à conclusão de fazer o seu posicionamento crítico mediante a consagração de normas para além das enunciadas nas propostas legislativas⁷⁴.

Nesse sentido, dentre as sugestões apresentadas pelo CNPMA quanto à formulação final dos artigos da lei em debate, encontram-se: a) a aplicação da lei às situações de gestação de substituição; b) a consagração das técnicas de PMA como um método complementar de procriação e que podem também ser usadas como contributo para o tratamento de doença grave ou para a minimização do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras; c) os beneficiários têm que ter, pelo menos, 18 anos de idade, não se encontrar interditos ou inabilitados por anomalia psíquica e devem ter previamente expresso, de forma livre, consciente e esclarecida, o seu consentimento nos termos previstos no artigo 14.º da lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

No que toca aos contratos de gestação de substituição, o CNPMA defendeu que só são possíveis a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem e só pode ser autorizada através de uma técnica de PMA com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários e em caso algum a gestante de substituição poderá ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.

⁷³ O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, abreviadamente designado por CNECV, é um órgão consultivo independente que funciona junto da Assembleia da República e que tem por missão analisar os problemas éticos suscitados pelos progressos científicos nos domínios da biologia, da medicina ou da saúde em geral e das ciências da vida. Cfr. art. 2.º da Lei n.º 24/2009, de 29 de Maio (Com a alteração introduzida pela Lei n.º 19/2015, de 6 de março), texto disponível em <http://www.cnecv.pt/legislacao.php> [15.06.2018].

⁷⁴ Parecer do CNPMA relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, 10 de novembro de 2016, texto disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf [16.12.2017].

Ademais, o CNPMA propôs que apenas pode ser gestante de substituição a mulher que seja mãe de pelo menos uma criança por si gerada e que sempre tenha mantido quanto a esse ou esses seus descendentes, sem qualquer limitação, todos os direitos e deveres de responsabilidade parental, sendo que a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carecem sempre da autorização prévia do CNPMA, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos.

No que toca à parentalidade da criança nascida da gestação de substituição, o CNPMA defendeu que a criança é tida, para todos os efeitos legais, como filha dos respetivos beneficiários, sendo que na hipótese dos negócios considerados nulos, caso a gestante de substituição assim o declare no período de 48 horas após o parto, é a mesma havida como a mãe da criança nascida, todavia, se nada declarar nesse prazo, a criança é tida como filha dos beneficiários.

No que toca à utilização de ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros, o CNPMA entendeu que podem ser utilizados quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gametas.

Quanto à confidencialidade, o CNPMA propôs que o determinado na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, passasse a se estender aos casos de gestação de substituição.

No que se refere ao estabelecimento da parentalidade nos casos de utilização das técnicas de PMA, o CNPMA definiu que, se do recurso às técnicas de PMA previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato do registo. Todavia, no caso de ausência no ato de registo de quem prestou o consentimento, pode ser exibido nesse mesmo ato, documento comprovativo de que foi prestado o consentimento nos termos do artigo 14.º, sendo estabelecida a respetiva parentalidade.

Porém, propôs alteração no sentido de, se apenas tiver lugar o consentimento da pessoa submetida à técnica de PMA, ser lavrado o registo de nascimento com essa única parentalidade estabelecida e sem que tenha que ser instaurado qualquer processo

oficioso de averiguação, sendo que o estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de fato com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

Ademais, o CNPMA propôs sanções à aplicação das técnicas de PMA fora dos centros autorizados, com violação do art. 6.º, e na hipótese de gestação de substituição que não cumpra o estabelecido em lei, nomeadamente quanto a sua gratuidade.

Por sua vez, o CNECV, após a Comissão Parlamentar de Saúde lhe endereçar um pedido de apreciação a respeito dos quatro projetos de lei apresentados para alteração da lei de PMA em Portugal, preparou o relatório e parecer 87/CNECV/2016⁷⁵ sobre o tema.

O CNECV já tinha se pronunciado sobre a PMA e a gestação de substituição anteriormente⁷⁶, todavia, a evolução científica das tecnologias reprodutivas e a crescente complexidade das questões éticas suscitadas pela sua utilização fez com que o Conselho optasse por reanalisar o tema.

Para tanto, o CNECV inicialmente buscou definir os seus parâmetros éticos sobre a reflexão do tema, apoiando-se em uma atitude fundamental que releva a “eminente dignidade e altíssima importância social da geração humana e da inalienável responsabilidade de todos, indivíduos, sociedade e Estado perante a mesma (cfr. 23/CNECV/98)”, tendo em conta que estão em causa valores e princípios quanto ao “adequado uso da Biomedicina, no que respeita à geração da vida humana, à identidade

⁷⁵ Cf. Parecer 87/CNECV/2016, Março de 2016, texto disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf [16.12.2017].

⁷⁶O CNECV já tinha tido a oportunidade de expressar a sua reflexão em matéria de procriação medicamente assistida (PMA) em anteriores ocasiões, designadamente pelo Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNECV/93), Parecer sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida (23/CNECV/97) e, sobre a iniciativa legislativa que deu lugar à legislação em vigor, pelo Parecer sobre a Procriação Medicamente Assistida (44/CNECV/2004), acompanhado das respetivas Declarações e Relatório. Especificamente sobre a matéria abordada pelo Projeto de Lei n.º 36/XIII (1ª) BE, o Conselho teve ocasião de refletir sobre a temática da gestação de substituição no âmbito do seu Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição (63/CNECV/2012), acompanhado das respetivas Declarações e Relatório. Cf. Parecer 63/CNECV/2012, março de 2012, p.2, texto disponível em <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf> [16.12.2017].

pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, que envolvem consequências jurídicas e sociais complexas e delicadas.”⁷⁷

Considerando que as quatro propostas legislativas não revelaram diferenças substanciais quanto às técnicas de PMA, o CNECV optou por fazer uma análise conjunta das quatro propostas de lei no que toca às técnicas, mas autonomizou a análise do tema da gestação de substituição incluído no projeto do BE, pela especificidade das questões éticas que suscita.

Pela análise do CNECV, a argumentação que dá suporte a todas as propostas de alteração legislativa apresentadas, assenta no princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA, de modo que o “direito a ter filhos” é encarado como um direito que cabe a cada pessoa a ter filhos através das técnicas de PMA, mesmo que desacompanhada de outra pessoa do sexo oposto que partilhe o mesmo desejo.

Já no que toca ao enquadramento das alterações legislativas propostas, o CNECV coloca que inicialmente as técnicas de PMA destinaram-se a solucionar o problema clínico da infertilidade de um casal, posteriormente, porém, a sua aplicação foi alargada a situações de tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética ou infecciosa, sendo esse contexto clínico que atribuiu a legitimidade à intervenção do Estado no sentido de proporcionar essa modalidade de tratamento aos cidadãos.

Ademais, os métodos usados nas técnicas de PMA têm demonstrado melhores índices de sucesso terapêutico, bem como as mudanças culturais e sociais têm proporcionado uma maior aceitação aos distintos modos de relações familiares, fatores que em conjunto têm influenciado o entendimento da PMA como um novo modo de procriar⁷⁸.

Todavia, o CNECV chama atenção de que deve se ter em mente que permanece questionável o entendimento de que as técnicas de PMA possam ser vistas como procedimentos alternativos à reprodução natural, uma vez que, assim, poder-se-ia

⁷⁷ Cf. Parecer 63/CNECV/2012, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁸ “Houve, claramente, mudanças no contexto cultural com impacto no modo de a sociedade entender o processo de procriação. Essas mudanças incorporaram, por diversas formas, as opções proporcionadas pelas técnicas de PMA atualmente disponíveis, por alguns entendidas como escolhas que não supõem razões clínicas, ou seja, estão fora do contexto de patologias impeditivas de conceber.” Cf. Parecer 87/CNECV/2016, *op. cit.*, p. 10.

entender o seu acesso como um direito geral, cabendo ao Estado assegurar o seu exercício a cada um dos cidadãos.

Face a isto, o CNECV invocou as conclusões do Comité de Acompanhamento da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) das Nações Unidas, a respeito dos oitavo e nono relatórios periódicos apresentados pelo Estado Português, na monitorização relativa ao art. 12.º da Convenção em matéria de eliminação das formas de discriminação contra as mulheres no acesso a cuidados de saúde, incluindo os relativos ao planeamento familiar, em que foi recomendado que o Estado Português assegurasse o acesso às técnicas de reprodução assistida a todas as mulheres, sem quaisquer restrições⁷⁹.

Nesse sentido, segundo o CNECV, todos os projetos legislativos em análise suporiam uma mudança do paradigma da utilização das técnicas de PMA, de modo que a beneficiária das técnicas é a mulher, independentemente do fato de estar ou não acompanhada por um/a parceiro/a. Deste modo, para o CNECV, as alterações previstas para a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, não implicam um verdadeiro alargamento dos beneficiários das técnicas da PMA, mas antes constituem o reconhecimento legal de que a beneficiária das técnicas é aquela em quem as técnicas são potencialmente aplicadas, ou seja, a mulher.

Assim, ao fazer a reflexão ética das propostas apresentadas, o CNECV defendeu que a decisão sobre a utilização de técnicas de PMA deve estar subordinada ao princípio fundamental da dignidade do ser humano, a qual rejeita a sua instrumentalização, em qualquer circunstância, face às aplicações da ciência e das tecnologias médicas.

Pelo que, não obstante a mudança de paradigma para se atentar aos direitos das mulheres beneficiárias das técnicas, a aplicação das técnicas de PMA deve também valorizar a condição da criança que irá nascer, quem é mais carecido de proteção nesta relação, devendo ter em consideração os seus direitos à sua identidade pessoal, ao conhecimento das suas origens parentais, bem como a conhecer eventuais riscos para a sua saúde associados aos processos tecnológicos usados na sua geração.

⁷⁹ The Committee recommends that the State party: (...) (c) ... ensure access to assisted reproductive services, including in vitro fertilization, for all women without any restrictions.” Cf. UN. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations on the combined eighth and ninth periodic reports of Portugal*, 24 november 2015, texto disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/816939> [05.01.2018].

Assim sendo, segundo o CNECV, na análise ética dos projetos de lei, temos a necessidade de ponderação entre dois valores superiores: o respeito pela vontade da mulher e o respeito pelos direitos da criança que vai nascer. Para os projetos em análise, a mudança de paradigma funda-se na tutela da liberdade e autonomia da mulher que pretende ser mãe e em quem irão ser aplicadas as técnicas de PMA.

Todavia, o CNECV entende que, do ponto de vista ético, a mulher não é a exclusiva beneficiária, mas principalmente o/a filho/a que será gerado/a, sendo que o interesse desta criança deve ser valorizado acima de todos os outros interesses envolvidos, em consonância, aliás, com todo ordenamento legal português que subordina quaisquer interesses ao “princípio do interesse superior da criança”, favorecendo o que o Conselho coloca como “empobrecimento da matriz cultural da família e a desvalorização do impacto que tem sobre o desenvolvimento da criança”⁸⁰.

Já no que toca à reflexão ética sobre a proposta de legalização da gestação de substituição, proposta pelo BE, o CNECV relevou que no Parecer 63/CNECV/2012⁸¹, entendeu-se por não ser eticamente justificada a aprovação da gestação de substituição posto ter esta um potencial de incidência negativa sobre o interesse, construção de identidade e o bem-estar físico e psicológico do nascituro, o qual é entendido como prevalecente sobre o interesse do casal beneficiário.

Segundo o CNECV, a gestação de substituição diferencia-se das demais técnicas, pois estabelece a realização de um projeto parental dissociada da gestação e do parto, de modo que as questões éticas em análise focam-se nos interesses da gestante e da criança, nomeadamente: o respeito pela dignidade da gestante e os aspectos quanto à instrumentalização do seu corpo, quanto à quebra da ligação entre gestação, maternidade e paternidade; e a realização do superior interesse do nascituro e da criança, devendo-se ainda questionar os limites entre a obrigatória atuação do Estado nos cuidados de saúde e a mera realização de uma vontade individual.

No que se refere à mulher gestante, o CNECV entendeu que o contrato de gestação de substituição envolve a possibilidade de exploração da mesma⁸².

⁸⁰ Cf. Parecer 87/CNECV/2016, *op. cit.*, p. 12.

⁸¹ Aprovado por maioria nas 183^a e 184^a reuniões plenárias do CNECV.

⁸² O CNECV refere a resolução do Parlamento Europeu sobre o Relatório Anual de 2014 sobre direitos humanos e Democracia no Mundo e a política da União Europeia sobre a questão (resolução de 17 de dezembro de 2015), na qual, no âmbito da defesa dos direitos das mulheres, se condena a prática da

Já quanto às crianças nascidas de uma gestação de substituição, questionou-se se é possível garantir os seus direitos e interesses no contexto reprodutivo, afinal não existe evidência consolidada sobre os efeitos desse tipo de atividade reprodutiva na construção da personalidade desta criança, embora se possa verificar a existência de uma ligação psicológica, biológica/epigenética entre a grávida e o feto que nela se desenvolve. Nesse sentido, o CNECV ponderou se seria aceitável conceber um contrato que imponha um corte neste vínculo biológico e afetivo que se constrói durante a gestação.

Face a todos os referidos pontos, o CNECV criticou o projeto apresentado pelo BE, uma vez que ele não contempla, na maior parte, as condições colocadas no Parecer 63/CNECV/2012, consideradas indispensáveis para uma avaliação ética favorável, em casos excepcionais, da gestação de substituição, quais sejam:

- A informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e consequências da influência da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal;
- Os termos da revogação do consentimento, e as suas consequências;
- A previsão de disposições contratuais para o caso da ocorrência de malformações ou doenças fetais e de eventual interrupção da gravidez;
- A decisão sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível materno;
- A não imposição de restrições de comportamentos à gestante de substituição.

Assim, após a referida análise sobre as propostas apresentadas, o CNECV emitiu parecer no sentido de que o alargamento das técnicas de PMA para além dos casos de infertilidade, passando a poderem ser aplicadas a um projeto pessoal de procriação suscita clara ponderação ética, pois, não obstante a garantia dos direitos das mulheres, é

gestação de substituição, considerando-se que atenta contra a dignidade da mulher uma vez que o seu corpo e as suas funções reprodutivas são usados como um bem transacionável (“*commodity*”); e que a gestação de substituição que envolva exploração reprodutiva e o uso do corpo humano para obter um ganho económico ou outro deve ser proibida e tratada como uma questão de urgência em matéria de direitos humanos, especialmente no caso das mulheres vulneráveis dos países em desenvolvimento. Cfr. European Parliament resolution of 17 December 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union’s policy on the matter (2015/2229 (INI)), point 115, texto disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//EN> [24.01.2018].

indispensável que a Lei faça prevalecer o respeito pelos direitos da criança que vier a nascer, onde radica de forma insuperável o de ser amada.

Assim sendo, o CNECV não considerou justificável, do ponto de vista ético, a alteração do regime jurídico da gestação de substituição nos termos propostos pela iniciativa legislativa do BE, uma vez que não salvaguarda os direitos da criança a nascer e os da mulher gestante.

Acresce ainda que, por não estar previsto um adequado enquadramento do contrato de gestação, o Conselho ponderou a necessidade de o Estado definir os critérios de acesso às técnicas de PMA, tendo em consideração que no estabelecimento de prioridades, em situações de recursos limitados, deverá prevalecer a sua aplicação como tratamento de infertilidade⁸³.

Deste modo, a partir da discussão realizada com a apresentação dos quatro projetos de lei, foram promulgadas duas leis que trouxeram importantes modificações ao texto original da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho: a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que alarga o âmbito das beneficiárias dessas técnicas, e a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que regula o acesso à gestação de substituição.

O Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, veio regulamentar as alterações trazidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, nos termos do seu artigo 3.º. Já o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, regulamenta a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

2.1. Lei n.º 17/2016, de 20 de junho

Como visto, nos termos do art. 4º, n.º 2, do texto original da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a utilização das técnicas de PMA só poderia verificar-se mediante

⁸³ Os termos do parecer do CNECV foram aprovados por maioria na reunião plenária realizada no dia 11 de março de 2016, sendo que votaram contra o texto aprovado os Conselheiros: Ana Sofia Carvalho, por considerar não estarem reunidas justificações para terminar com a subsidiariedade das técnicas de PMA, nem formas de assegurar se a alteração legislativa poderá salvaguardar a dignidade da criança a nascer através do recurso a estas técnicas; Rita Lobo Xavier, por considerar não ser eticamente aceitável que as técnicas de PMA sejam aplicadas no contexto de um projeto de procriação que não se enquadre na causa de infertilidade, bem como por entender não ser eticamente aceitável fazer prevalecer totalmente o interesse da mulher beneficiária das técnicas de PMA sobre os direitos do/a filho/a que virá a nascer, designadamente, no caso da possibilidade de inseminação *post mortem*; Tiago Duarte, por entender que o Parecer falha por não concluir sobre se considera ou não que essas preocupações se encontram espelhadas e garantidas nos textos dos projetos legislativos em apreciação, desta forma se permitindo interpretações dúbias e equívocas sobre o sentido do Parecer do CNECV.

diagnóstico de infertilidade ou em casos de tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Com a alteração promovida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, as técnicas de PMA, embora mantenham-se como um método subsidiário, e não alternativo, de procriação, podem ser utilizadas por todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade⁸⁴.

Ademais, altera-se o art. 6.º, n.º 1, da lei a fim de passar a constar que podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respectivamente 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.

Dessa forma, a lei na sua forma atual permite que todas as mulheres maiores de 18 anos e independentemente do seu estado civil ou orientação sexual tenham acesso à utilização das técnicas de PMA. Essa alteração originou-se da demanda que existia em relação à redação legislativa anterior sob o fundamento de que esta não atendia de forma igualitária todas as mulheres, uma vez que, embora em termos científicos as tecnologias de PMA já se encontrassem disponíveis a todas, a lei assim não permitia.

A ampliação do rol de beneficiárias do acesso às técnicas de PMA trazida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, acabou por gerar também uma mudança no entendimento das possibilidades de utilização de gametas doados. Dessa forma, no artigo 10.º da Lei, no que se refere à doação de espermatozoides, ovócitos e embriões, o texto legal continua praticamente idêntico ao disposto na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, no sentido de que a lei prioriza a utilização dos gametas dos beneficiários, exceto se não for possível obter gravidez ou gravidez sem doença genética grave com eles, quando, então, pode-se recorrer a ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros, desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gametas. No entanto, a interpretação do artigo passa a abranger também o caso das mulheres solteiras ou casais homossexuais, em que a doação faz-se essencial. Nessas situações de gametas doados, os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

⁸⁴ Cf. Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, Diário da República n.º 116/2016, Série I de 2016-06-20, texto disponível em https://dre.pt/home/-/dre/74738646/details/maximized?p_auth=57fsVbIR [10.01.2017].

Já o artigo n.º 19, referente à possibilidade da inseminação artificial ocorrer com o sêmen de dador, teve seu texto alterado para abranger as novas beneficiárias da lei. O diploma original estabelecia que a técnica da inseminação artificial só poderia ocorrer com sêmen de um terceiro doador nos casos em que não se pudesse obter gravidez com o sêmen do marido ou com o daquele que vivesse em união de fato com a mulher a inseminar. Atualmente, o artigo apenas diz que é permitida a inseminação com sêmen de um doador quando não puder obter-se a gravidez de outra forma.

Conforme o já exposto, quanto aos termos originais estabelecidos na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a aplicação das técnicas de PMA rege-se pelo princípio da confidencialidade, a qual é aplicada também quanto à conservação dos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores e crianças nascidas. Atualmente é o Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, que especifica o tempo de conservação dos dados, a forma de acesso a eles, bem como quando poderão ser eliminadas as informações contidas nos registos⁸⁵.

De todas as formas, o acesso aos dados relativos à PMA tem finalidade médica, designadamente profilática, de diagnóstico e terapêutica, sendo que para fins de investigação médica é proibido o acesso aos dados pessoais, salvo com o consentimento expresso por escrito do próprio. Nos termos do decreto, os dados pessoais relativos à PMA podem ser eliminados, por mero decurso do prazo de conservação, por decisão judicial ou a requerimento do beneficiário que tenha revogado o consentimento até ao início dos processos de PMA.

Acresce ainda que a ampliação do rol de beneficiários promovida pela alteração da lei também gerou mudanças na determinação de paternidade, atualmente denominada

⁸⁵ Assim, nos termos do decreto regulamentar, os dados relativos à PMA são conservados nos centros de PMA por um período de 30 anos após o final da sua utilização clínica, e caso algum centro de PMA encerre suas atividades antes desse período, deve-se comunicar ao membro do governo responsável pela área da saúde, com antecedência de 6 meses, a fim de se determinar o destino a ser dado aos dados relativos à PMA bem como aos gametas e embriões criopreservados. Já a informação centralizada no Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida acerca do registo de dadores, beneficiários e crianças nascidas, é mantida por um período de 75 anos. Nos termos do decreto, apenas estão autorizados a aceder aos dados relativos à PMA, após o fim da sua utilização clínica, o diretor do centro ou pessoal de saúde por este designado, a não ser que se trate de uma ação de fiscalização da Inspeção-Geral das Atividades em Saúde, em articulação com o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, em que os auditores estão autorizados a aceder a esses dados. Cfr. Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro, texto disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2632&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 [21.07.2017].

parentalidade. Dessa forma, atualmente, a lei diz que a criança é também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo. Sendo que o estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de fato com a pessoa submetida à técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

Ademais, o diploma atualizado traz como significativa mudança a possibilidade de apenas se fazer o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação, se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida à técnica de PMA.

Bem como, quando se trate de sémen doado, o dador não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

A Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, também alterou o prazo de criopreservação dos embriões, de modo que, em situações devidamente justificadas, os beneficiários passaram a poder requerer ao diretor do centro para alargar o prazo de criopreservação dos embriões em mais três anos.

Assim, decorrido o prazo normal de três anos ou o prazo prolongado, podem os embriões ser doados a outras pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, ou então doados para investigação científica sendo necessário para tal procedimento o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente.

Consentida a doação, sem que nos seis anos subsequentes ao momento da criopreservação os embriões tenham sido utilizados por outras pessoas beneficiárias ou em projeto de investigação, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro. Se não for consentida a doação logo que decorrido qualquer um dos prazos indicados seja o normal, seja o prolongado, podem os embriões

ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro, comunicada previamente ao Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida⁸⁶.

Conforme o exposto, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA garantindo o acesso de todos os casais e todas as mulheres a essas técnicas, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade, sob o principal fundamento de assegurar o respeito pelo princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA, rejeitando-se a exclusão de qualquer mulher no acesso às mesmas.

Todavia, importa considerar que, não obstante o alargamento do acesso às técnicas de PMA, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, manteve-as como um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.

Ora, essa opção legislativa pode ser vista como uma forma de se manter um limite entre a vontade individual e a efetiva concretização das técnicas, a fim de que, embora esteja garantido o acesso às técnicas a todas as mulheres, há uma determinação legal que impõe que a sua utilização esteja delimitada aos casos que se demonstre essencialmente necessária para a garantia dos direitos dos envolvidos, isto é, nomeadamente para aquelas situações em que não há outro mecanismo que possibilite o exercício do direito a procriar, senão pela utilização das técnicas de PMA.

Nesse sentido, importa atender às dimensões prestacionais por parte do Estado com a devida obediência ao princípio da subsidiariedade, pelo que foi também necessário assegurar o princípio da igualdade de tratamento entre os novos beneficiários

⁸⁶ No que se refere aos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico que sejam recolhidos para um processo de PMA e que acabem por não ser utilizados, a Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, aditou à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o artigo 16.º-A, que estabelece que eles serão criopreservados por um prazo máximo de cinco anos, sendo que o diretor do centro de PMA, a pedido dos beneficiários, em situações devidamente justificadas, pode assumir a responsabilidade de alargar esse prazo de criopreservação por um novo período de cinco anos, sucessivamente renovável por igual período. Os espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico podem ser destruídos ou doados para investigação científica. No caso da doação para investigação, deve haver o consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, dos beneficiários originários, apresentado perante o médico responsável. Uma vez consentida a doação, sem que nos dez anos subsequentes ao momento da criopreservação os espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico tenham sido utilizados em projeto de investigação, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro de PMA. Se não for consentida a doação, entretanto, logo que decorrido o prazo de cinco anos ou o prazo alargado, podem os espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico ser descongelados e eliminados. Cf. Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho, Diário da República n.º 142/2017, Série I de 2017-07-25 texto disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2721&tabela=leis&so_miolo [12.11.2017].

e os beneficiários que reúnam os requisitos previstos nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na sua versão original, favorecendo-se a equidade no acesso às técnicas de PMA. Nesse sentido, o Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, pretendeu concretizar esse acesso sem exclusão, assegurando uma prestação de serviços adequada, segura e não discriminatória, conforme plasmado na Lei.

Dessa forma, o Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, sublinha a importância de dotar os Centros públicos de PMA de condições adequadas para fazer face a um aumento da utilização destas técnicas, assegurando-se, designadamente, um maior acesso a gametas de dadores terceiros, de forma a gerar uma maior capacidade de resposta no setor público. Neste sentido, importava uma redefinição estratégica desta área que considerasse o alargamento do acesso às técnicas da PMA efetuado através da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, e que permitisse também um aumento da capacidade de resposta para todos os beneficiários.

Nos termos do Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, as técnicas de PMA só podem ser ministradas em Centros de PMA, públicos ou privados, devidamente autorizados pelo Ministério da Saúde, depois de ouvido o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, bem como estabelece que na aplicação das técnicas de PMA deve ser privilegiada a inseminação artificial, a não ser que exista uma razão clínica que fundamente a utilização de uma outra técnica de PMA. No caso de casais mulheres, a decisão relativa ao membro do casal que é submetido à inseminação artificial ou fertilização *in vitro* cabe ao casal, a não ser que haja uma razão clínica ponderosa que não aconselhe a realização da técnica de PMA a essa mulher.

Independentemente de o beneficiário ser casal de sexo diferente, casal de mulheres ou mulheres sem parceiro ou parceira, caso o diretor do centro de PMA entenda que se mostra necessário realizar uma avaliação psicológica prévia à aplicação das técnicas de PMA deve o mesmo declará-lo ao beneficiário, não podendo essa avaliação ser realizada sem o consentimento prévio deste último e deve ser feita por médico especialista em psiquiatria ou por psicólogo clínico. É lícito o diretor do centro de PMA não autorizar a aplicação das técnicas de PMA, caso o beneficiário se recuse a realizar a avaliação psicológica prévia prevista no número anterior.

Segundo o Decreto Regulamentar, o recurso às técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde é efetuado pelos cuidados de saúde primários ou entidades

hospitalares do SNS para os Centros de PMA que integrem a rede de referência. As consultas e atos complementares prescritos no SNS no âmbito da PMA a casais de sexo diferente, casais de mulheres ou mulheres sem parceiro ou parceira consideram-se atos prestados no âmbito do planeamento familiar para efeitos da aplicação de taxas moderadoras. Ademais no SNS não é permitido ao casal de mulheres submeter-se em simultâneo a tratamentos de PMA.

No que se refere à garantia de igualdade de tratamento para os diferentes beneficiários das técnicas de PMA o decreto estabelece que é proibida a existência de tempos de espera distintos para os tratamentos de PMA, em função do beneficiário ser casal de sexo diferente, casal de mulheres ou mulheres sem parceiro ou parceira, sem prejuízo das prioridades estabelecidas com base em critérios objetivos de gravidade clínica.

2.2. Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

Enquanto a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, trouxe como alteração principal a ampliação do rol de beneficiárias das técnicas de PMA, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, teve como principal papel regular o acesso à gestação de substituição⁸⁷.

No texto original da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a à época denominada maternidade de substituição era vista como um negócio jurídico nulo, seja ele de carácter gratuito ou oneroso e a mulher que suportasse uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer.

Com a alteração promovida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, embora com o mesmo sentido, passa-se a utilizar o termo gestação de substituição e se estabelece que os negócios jurídicos desse tipo de gestação são possíveis a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, sendo tal celebração negocial precedida de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos.

⁸⁷ Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Diário da República n.º 160/2016, Série I de 2016-08-22, texto disponível em https://dre.pt/home/-/dre/75177806/details/maximized?p_auth=VLJzFY4y [10.01.2017].

A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de PMA com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante. É proibido o pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, bem como não é permitida a celebração de negócio jurídico de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez. Este contrato não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

Ademais, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no art. 14.º quanto ao consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, e a lei estabelece que devem os beneficiários e a gestante de substituição ser ainda informados, por escrito, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal. Os direitos e deveres previstos na lei de PMA também se aplicam aos beneficiários e à gestante de substituição, sendo que a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários.

A lei estabelece que os negócios jurídicos desse tipo de gestação são possíveis a título excecional e com natureza gratuita para situações especificadas na lei, sendo, portando, nulos os negócios jurídicos onerosos de gestação de substituição, bem como os gratuitos que desrespeitem o disposto na lei, havendo para ambos os casos punição legal. A lei também define que quem promover a celebração de contratos de gestação de substituição, bem como quem retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção é punido com pena de prisão, sendo a tentativa também punível.

Quase um ano após a promulgação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, foi publicado o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que objetivou regular o acesso à gestação de substituição⁸⁸.

Partindo do princípio de que se deve garantir a prevalência dos interesses da criança sobre quaisquer outros, bem como que os interesses da mulher gestante de substituição devem ser tidos em devida consideração, o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, destacou a importância de privilegiar a ligação da mãe genética com a criança, ao longo do processo, 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 dessa relação, sem prejuízo, entretanto, das situações em que a gestante de substituição é uma familiar próxima, quando poderá existir uma relação entre a gestante de substituição e a criança nascida⁸⁹.

Dessa forma, o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, no seu art. 2.º, regulamenta o pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição, o qual deverá ser apresentado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida através de formulário disponível no respetivo sítio da internet⁹⁰, após ser subscrito conjuntamente pelo casal beneficiário e pela gestante de substituição.

O Decreto Regulamentar deixa evidente que cabe ao casal beneficiário a procura e escolha de uma gestante de substituição, bem como não estabelece qualquer restrição à nacionalidade, quer dos beneficiários, quer da gestante de substituição.

Esse pedido de autorização prévia deve ser, por sua vez, acompanhado da documentação identificada nas alíneas do n.º 2, do art. 2.º, do Decreto Regulamentar, quais sejam: a) a identificação do casal beneficiário e da gestante de substituição; b) a aceitação das condições previstas no contrato-tipo de gestação de substituição por parte do casal beneficiário e da gestante de substituição; c) a documentação médica, com origem no centro de PMA no qual a(s) técnica(s) de PMA necessária(s) à concretização

⁸⁸ Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, Diário da República n.º 146/2017, Série I de 2017-07-31, texto disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/107785481/details/maximized> [05.08.2017].

⁸⁹ Nos termos do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, “[p]rocura-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.”

⁹⁰ Conferir formulário disponível no sítio eletrónico http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_formulario_DR_6_2017.pdf [11.08.2017].

da gestação de substituição serão efetuadas, a fim de comprovar que a mulher elemento do casal beneficiário se encontra nas condições previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na sua forma atual; d) uma declaração de psiquiatra ou psicólogo favorável à celebração do contrato de gestação de substituição; e) uma declaração do Diretor do centro de PMA no qual a(s) técnica(s) de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, aceitando a concretização nesse centro do ou dos tratamentos a realizar.

A contar da apresentação do pedido de autorização prévia, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida tem o prazo máximo de sessenta dias para deliberar sobre a admissão ou rejeição do pedido, podendo no decurso desse prazo solicitar ao requerente informações ou documentos complementares ao pedido apresentado, suspendendo-se o prazo até a recepção do solicitado.

Tendo sido admitido o pedido, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida envia a documentação à Ordem dos Médicos, solicitando o respectivo parecer, observando-se as necessárias garantias de confidencialidade.

A Ordem dos Médicos, por sua vez, tem um prazo máximo de sessenta dias, a contar da recepção da documentação, para apresentar o seu parecer ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Este parecer, entretanto, não tem carácter vinculativo, de forma que, caso a Ordem dos Médicos não emita o seu parecer no prazo fixado, pode o procedimento prosseguir e vir a ser decidido sem ele.

Assim, da recepção do parecer da Ordem dos Médicos ou da expiração do prazo de sessenta dias, no caso da Ordem dos Médicos não apresentar o seu parecer, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida tem um novo prazo máximo de sessenta dias para decidir se autoriza ou se rejeita a celebração do respectivo contrato de gestação de substituição.

Em todo esse processo, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida deve tomar as diligências que considere adequadas e necessárias para a decisão, designadamente, a realização de uma reunião com a gestante de substituição e o casal beneficiário, bem como a realização de uma avaliação completa e independente do casal beneficiário e da gestante de substituição, por uma equipa técnica e multidisciplinar na área da saúde materna e da saúde mental.

No que se refere ao contrato de gestação de substituição, o Decreto Regulamentar estabelece no seu art. 3.º que o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida aprovará um contrato-tipo que contém os elementos essenciais do contrato, disponibilizando-o no sítio da internet, sendo que, por acordo das partes, podem lhe ser aditadas cláusulas⁹¹.

Ademais, o art. 4.º, do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, define que no contrato de gestação de substituição as declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA, sem prejuízo do disposto na alínea e), do n.º 1, do art. 142.º do Código Penal.

O Decreto Regulamentar define que o acesso às técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde pelo casal beneficiário e pela gestante de substituição deve obedecer aos mesmos critérios que são aplicados aos outros beneficiários das técnicas de PMA nos termos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, de forma a não serem objeto de tempos de espera distintos dos aplicáveis a esses beneficiários.

O Decreto Regulamentar também estabelece o regime de proteção de parentalidade. No que respeita ao casal beneficiário, o parto da gestante de substituição

⁹¹ Deste contrato-tipo devem constar cláusulas que tenham por objeto: a) as obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e a realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança; b) os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar; c) o direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto; d) as obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação; e) a prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde; f) a prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal; g) as disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição; h) as disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor; i) a possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar; j) os termos de revogação do consentimento ou do contrato e a suas consequências; k) a gratuidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes; l) os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato; m) a forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico.

é considerado como seu para efeitos da licença parental⁹², já no que respeita à gestante, o seu parto beneficia de regime equivalente ao previsto para situação de interrupção da gravidez⁹³. Tanto quanto à gestante de substituição, quanto ao casal beneficiário, na qualidade de pais da criança, é aplicável o regime das faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade.

2.3. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018

Posteriormente à promulgação das leis supra referidas, um grupo de trinta Deputados veio requerer à Assembleia da República, ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos seguintes preceitos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto: Artigo 8.º, sob a epígrafe “Gestação de substituição”, n.ºs 1 a 12, e consequentemente, “das normas ou de parte das normas” da LPMA que se refiram à gestação de substituição⁹⁴; Artigo 15.º, sob a epígrafe “Confidencialidade”, n.ºs 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1 e o Artigo 20.º, sob a epígrafe “Determinação da parentalidade”, n.º 3.

Nos termos do pedido de declaração da inconstitucionalidade, os deputados alegam que as alterações legislativas na redação dada pelas Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, e n.º 25/2016, de 22 de agosto, preocuparam-se em proteger exclusivamente a mulher e consequentemente desconsideraram a proteção dos direitos da criança.

Nesse sentido, entenderam que ao se alargar o âmbito de acesso às técnicas de PMA esta, embora ainda esteja descrita na lei como um método subsidiário de procriação, passou a ser na prática um método alternativo, uma vez que o acesso às referidas técnicas deixa de ser uma forma de tratamento para infertilidade ou casos de doença grave, passando a ser considerado um direito reprodutivo de toda e qualquer mulher que assim deseje ter um filho.

Como fundamentos, os deputados alegaram que os referidos artigos, cada um à sua medida, violavam o princípio da dignidade da pessoa humana [artigos 1.º e 67.º, n.º

⁹² Tanto a mãe, como o pai podem usufruir de licença parental inicial de 120 ou 150 dias consecutivos, cujo gozo podem partilhar ou não, devendo definir quais os períodos a serem gozados por cada um alternadamente no caso de partilha.

⁹³ A mulher tem direito a uma licença por interrupção de gravidez por um período de 14 e 30 dias.

⁹⁴ Nomeadamente os artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.ºs 5 e 6, 15.º, n.ºs 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, alínea b).

2, alínea e), da Constituição], o princípio do dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), o princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), bem como violavam os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição).

Após uma análise extensa e detalhada dos vários princípios em questão, nomeadamente tendo em conta a questão do direito à identidade pessoal e genética, no sentido de ser garantido a todos em igual modo a possibilidade de conhecer a própria história e consolidar a sua individualidade, bem como a relevância do superior interesse da criança e a dignidade humana das pessoas envolvidas na utilização das técnicas, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 225/2018, 07 de maio⁹⁵, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das seguintes normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho: dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e, conseqüentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia; do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; conseqüentemente, do n.º 7 do artigo 8.º; do n.º 12 do artigo 8.º; das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º; tendo ficado determinado que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicam aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

Assim sendo, o Tribunal Constitucional entendeu que a gestação de substituição, na sua essência não viola a dignidade da gestante, nem da criança nascida da gestação

⁹⁵ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, texto disponível em : <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized> [05.07.2018].

de substituição, no entanto, certos aspectos da lei de PMA lesam princípios e direitos fundamentais consagrados na CRP, como o princípio da proporcionalidade e o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética.

Segundo o Tribunal Constitucional, a lei da PMA após as alterações legislativas ocorridas em 2016 não concebeu um adequado enquadramento do contrato de gestação de substituição, permitindo, deste modo, uma indeterminação quanto aos limites da autonomia das partes do contrato, nomeadamente quanto às restrições admissíveis dos comportamentos da gestante, sendo necessário um diploma legal que melhor concretize as regras de conduta dos beneficiários e da gestante de substituição.

Ainda no que se refere à autonomia da gestante de substituição, a maioria dos juízes do Tribunal Constitucional entendeu que o fato da gestante não poder revogar o consentimento prestado no contrato até à entrega da criança representa uma violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de constituir família.

O Tribunal Constitucional invoca o fato de a lei de PMA, no seu artigo 14.º, n.º 4, aplicável à gestante por remissão do art. 8.º, n.º 8, só admitir a livre revogação do consentimento da gestante até ao início dos processos terapêuticos de PMA, o que, no seu entender, corresponde à concretização de outras restrições ao direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante em face do objetivo de salvaguardar o interesse dos beneficiários e seu projeto parental, pois para que se garanta a dignidade pessoal da gestante tem de se acautelar que o consentimento prestado na fase inicial do procedimento continue a ser voluntário em todas as fases seguintes.

Segundo o Tribunal Constitucional, portanto, a revogabilidade do consentimento inicialmente prestado constitui a única garantia para que o cumprimento das obrigações de cada uma das fases do procedimento de gestação de substituição continue a ser voluntário, sendo assim essencial para a efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, nomeadamente pelo fato de que as obrigações contratuais pressupõem o consentimento.

Acresce ainda que, para além dos termos de celebração do contrato, no que se refere à situação de nulidade do contrato de gestação de substituição gratuito, o n.º 12 do art. 8.º da LPMA, prevê que, uma vez decretado nulo o contrato, os seus efeitos são eliminados do ordenamento, pelo que a regra de filiação especial estabelecida na lei de

PMA deixa de ser aplicável, decorrendo que a criança nascida de um contrato de gestação de substituição passa a ser filha da gestante, em decorrência da filiação resultar do nascimento, nos termos do art. 1796.º, n.º 1 do Código Civil, o que representa significativa insegurança jurídica para as crianças nascidas dessas técnicas, bem como viola o seu direito à identidade pessoal.

Nesse aspecto do direito à identidade pessoal, o Tribunal Constitucional reconheceu que a regra de anonimato de dadores e da gestante de substituição não afronta a dignidade da pessoa humana, entretanto, considerou que a referida regra, embora não seja absoluta, merece censura constitucional, devido a impor uma restrição desnecessária aos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas nascidas através deste método, uma vez que as crianças, embora possam obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, não podem obter a identificação do dador⁹⁶.

Todavia, mesmo entendendo que deve ser garantido às crianças o direito a conhecer o seu progenitor biológico, o Tribunal entendeu não existir nenhuma inconstitucionalidade na disposição legal que dispensa a averiguação oficiosa da paternidade no caso em que a beneficiária é uma mulher que tenha recorrido sozinha às técnicas de PMA, sendo a referida norma razoável e proporcional, tendo em consideração o respeito pela vida privada e familiar e a salvaguarda dos direitos fundamentais da mãe e da criança gerada⁹⁷.

A decisão do Tribunal Constitucional, ao declarar inconstitucionais uma série de normas da Lei n.º 32/2006 após as alterações legislativas ocorridas em 2016, faz com que fique impedida a aplicação prática da lei, nomeadamente no que toca ao início de novos processos de gestação de substituição e na utilização de gametas doados sob o regime de anonimato, até que haja uma superveniente alteração no Parlamento.

Ou seja, os atuais processos de aplicação das técnicas de PMA ficam em certa medida suspensos, afinal embora o Tribunal Constitucional tenha limitado os efeitos da decisão para salvaguardar os contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida nos quais já tivessem sido

⁹⁶ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, *op. cit.*, p. 1943.

⁹⁷ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, *op. cit.*, p. 1945.

iniciados os processos terapêuticos⁹⁸, a decisão não limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas que impõem uma obrigação de sigilo absoluto relativamente à identidade dos dadores e da gestante de substituição.

Sem estabelecer os limites da decisão no que toca ao anonimato dos dadores, o Tribunal Constitucional abriu espaço para dúvidas quanto à possibilidade de utilização dos gametas e embriões que já foram doados no regime de anonimato, verificando-se a necessidade de confirmar com cada um dos dadores se assim continuam mesmo que deixe de existir o anonimato⁹⁹.

3. Os limites aos direitos reprodutivos das mulheres

Os direitos reprodutivos, vistos dentro do âmbito do direito à família e do direito ao planeamento familiar, podem dar abertura a um entendimento do direito a constituir família e ter filhos, enquanto direito personalíssimo e inalienável a ser assegurado, em certa medida, pelo Estado, em condições de plena igualdade para todos, de modo a permitir um efetivo desenvolvimento da personalidade.

Assim, nos termos definidos no art. 67.º, n.º 2, e), da CRP, uma regulamentação da PMA em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana, deve estar atenta aos direitos humanos e aos princípios constitucionais, nomeadamente ao princípio da igualdade.

E nesta medida, consoante o acima exposto, as Leis n.º 17/2016, de 20 de Junho, e n.º 25/2016, de 22 de agosto, trouxeram significativas mudanças e maior garantia e igualdade na promoção dos direitos reprodutivos das mulheres, uma vez que passaram a permitir de modo alargado o acesso ao exercício da parentalidade, permitindo às

⁹⁸ Entretanto, no único processo de gestação de substituição que se mantinha ativo antes do Acórdão do Tribunal Constitucional, os tratamentos de fertilidade não resultaram e não serão feitos mais por indicação médica, de modo que, do período que a Lei da Gestação de Substituição esteve em vigor em Portugal, não resultará nenhuma gestação. Cf. Mariana BRANCO, “Não vai nascer nenhum bebé de barriga de aluguer em Portugal”, publicado no portal eletrónico S/Portugal, em 09.06.2018, texto disponível em https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/nao-vai-nascer-nenhum-bebe-de-barriga-de-aluguer?ref=DET_relacionadas_portugal [07.07.2018].

⁹⁹ Para Eurico Reis, que até Março de 2018 foi presidente do CNPMA, a quebra do sigilo do dador vai levar ao afastamento de novos dadores e vai fazer com que aumente significativamente a importação de ovócitos e esperma, o que já acontece uma vez que o número de dadores portugueses é diminuto e, consequentemente, serão elevados os custos dos procedimentos. Cf. Leonete BOTELHO, e Ana MAIA, “Tribunal Constitucional chumba normas da lei da gestação de substituição”, publicado em 24.04.2018, texto disponível em <https://www.publico.pt/2018/04/24/sociedade/noticia/tribunal-constitucional-chumba-normas-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-1811580> [30.06.2018].

mulheres solteiras, homossexuais e com problemas específicos no útero o direito a constituir família.

Portanto, as referidas alterações legislativas, buscaram dar resposta nomeadamente a uma exigência por maior igualdade entre as mulheres no acesso às técnicas de PMA, de modo a promover o direito a constituir família, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade de todas as mulheres que desejem concretizar o exercício da maternidade e que por razões das mais diversas não a podem exercer sem o auxílio das técnicas de PMA.

No entanto, o entendimento da reprodução como um direito implica o reconhecimento de limites ao exercício desse direito. Nesse sentido, a promoção de uma maior igualdade para aquelas mulheres que pretendem ser beneficiárias das técnicas de PMA encontra obstáculos, questões limitadoras e outros direitos em oposição quando passamos a analisar os outros sujeitos de direito que estão envolvidos na utilização das técnicas de PMA e na gestação de substituição: as pessoas beneficiárias, os dadores, as gestantes de substituição e as crianças nascidas dessas técnicas.

Assim, nos termos definidos pelas referidas alterações legislativas, importa analisar os limites e questões colocados à promoção da igualdade de género nas técnicas de PMA em Portugal tendo em consideração nomeadamente os interesses e direitos dos beneficiários, da gestante de substituição e das crianças nascidas das técnicas¹⁰⁰.

3.1. A igualdade de género e o acesso à PMA pelos homens homossexuais

Como visto, as alterações legislativas à Lei de PMA tiveram por ponto de partida garantir uma maior promoção dos direitos reprodutivos mediante o acesso às técnicas de PMA a todas as mulheres, independentemente do estado civil e do quesito

¹⁰⁰ “Ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República pretende, por conseguinte, primariamente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, e, em especial, o direito à integridade física e moral (artigo 25.º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º), o direito a constituir família (artigo 36.º), e, ainda, o direito à saúde (artigo 64.º). Sem ignorar, nesse plano, que no universo subjetivo de proteção da norma estão não apenas os beneficiários e as pessoas envolvidas como participantes no processo, mas também as pessoas nascidas na sequência da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida.” Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, Diário da República n.º 64/2009, Série II de 2009-04-0, p. 12455, texto disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>.

da infertilidade, bem como a partir da permissão e regulamentação da gestação de substituição.

No entanto, os direitos nunca assumem uma natureza absoluta, uma vez que sempre encontram limites face ao reconhecimento de outros direitos¹⁰¹, pelo que é de se questionar se as alterações legislativas efetivamente proporcionam uma maior igualdade no acesso às técnicas de PMA, quando verificamos que no exercício dos direitos reprodutivos através das referidas técnicas, há uma série de outros interesses em contraposição para além daqueles das beneficiárias.

Ora, primeiramente há de se considerar o argumento de que, se a ampliação do acesso às técnicas de PMA a todas as mulheres visava garantir uma maior igualdade no exercício dos direitos reprodutivos, por que o acesso não foi também conferido aos homens homossexuais a partir do momento em que a gestação de substituição passou a ser permitida e tendo em consideração que a lei portuguesa já permitia o exercício do direito a parentalidade por esses indivíduos mediante a adoção¹⁰²?

Como vimos, o direito reprodutivo explicitado constitucionalmente no direito a constituir família e no direito a procriar, também tem de estar em conformidade com o art. 13.º da CRP, de modo que, consoante o disposto no n.º 2 deste artigo, ninguém pode ser privado deste direito em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Acresce ainda que a CRP define requisitos para que uma restrição a um direito fundamental seja válida, pelo que, nos termos do art. 18.º, n.º 2 da CRP, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Bem como, nos termos do art. 18.º, n.º 3 da CRP as restrições de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem assumir um

¹⁰¹ Cf. Vera Lúcia RAPOSO, “Em nome do Pai(... Da Mãe, dos dois Pais, das duas Mães) – Análise do art. 6º da Lei n. 32/2006”, in *Lex Medicinæ*, n.º 7, 2007, p. 44.

¹⁰² “Há quem invoque o paralelismo com a adoção para defender a liberalização no acesso: pois se já se permite que pessoas singulares, inclusive homossexuais, adotem crianças, qual a diferença em permitir-lhes que as gerem com os seus próprios gametas?” Cf. Vera Lúcia RAPOSO, “Em nome do Pai ...”, *op.cit.*, p. 47.

efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

No que tange à restrição da aplicação das técnicas de PMA em benefício de homens e/ou casais homossexuais vários são os argumentos defendidos nomeadamente de que os homens naturalmente não têm a capacidade biológica gestacional, pelo que dependem tanto dos gâmetas femininos, quanto do útero de uma mulher para exercer o seu direito a ter filhos, bem como a noção de que o bem estar da criança nascida seria prejudicado pelo exercício de uma monoparentalidade ou uma parentalidade homossexual, uma vez que não é natural esse tipo de parentalidade.

De fato, quando se trata da proteção de direitos das mais diversas partes envolvidas na utilização de uma técnica como as de PMA, temos de considerar que mesmo que o avanço da ciência permita certas hipóteses, não necessariamente todas elas deverão ser promovidas, uma vez que há sempre um limite de proteção garantido pela ordem jurídica estabelecida numa sociedade, como por exemplo quando a Lei de PMA proíbe a utilização das técnicas para conseguir melhorar certas características não médicas do nascituro¹⁰³.

No entanto, em contrapartida, também é necessário ter em atenção que assim como a ciência avança, a sociedade também se dinamiza e certos modelos concebidos como únicos e fechados, ganham outros contornos e expandem-se a outros sujeitos de direitos, como tem acontecido no direito de família.

Assim sendo, no caso em questão, um dos parâmetros para definir quem tem ou não acesso às técnicas de PMA, refere-se ao relevo e proteção jurídica dados a certos tipos de unidades familiares. De modo que, os indivíduos que não se enquadrem nesses tipos, embora não estejam proibidos de se reproduzir de forma autónoma, estariam excluídos da reprodução mediante técnicas, não porque tenham que ceder o seu direito face a um valor considerado superior, mas porque em verdade nunca foram titulares de tal direito¹⁰⁴.

Nesse sentido, defende-se a ideia de que os homens sozinhos e casais de homens homossexuais não poderiam ter acesso às técnicas de PMA, designadamente à gestação de substituição, uma vez que a concepção jurídica inicial é de que não estariam

¹⁰³ Nesse sentido, conferir o disposto no art. 7.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

¹⁰⁴ Cf. Vera Lúcia RAPOSO, “Em nome do Pai ...”, *op.cit.*, p. 47.

habilitados a exercer deste modo o seu direito de constituir família, ou apenas estariam desde que em exercício coletivo com uma mulher.

Contrapõe-se a este argumento o fato de hoje o ordenamento jurídico português permitir o casamento civil entre indivíduos do mesmo sexo, bem como a adoção por esses casais e também por indivíduos solteiros, pelo que o exercício do direito disposto no art. 36º da CRP também lhes está garantido. Assim, questiona-se: se lhes é permitida a adoção, porque não lhes seria permitido o exercício da parentalidade mediante o acesso às técnicas de PMA?

Em resposta, o que se defende é que diferentemente da adoção em que se compreende melhor a sua aceitação posto se tratar de dar uma família a uma criança que foi abandonada, na PMA trata-se de passar a se aceitar a criação deliberada desde o princípio de uma família que ainda é considerada com divergência por muitos.

Ora, mas mesmo que assim fosse, na forma como está disposta a atual Lei de PMA em Portugal, é permitida a criação *ab initio* de uma família composta por apenas uma mulher ou por um casal de mulheres independentemente do seu estado civil.

Segundo Carla Luísa Monteiro Cardoso, a proibição de homens independentemente do seu estado civil e orientação sexual acederem à gestação de substituição corresponde a uma violação do princípio da igualdade e do direito a terem filhos e constituir família, posto que se a lei permite o acesso às técnicas de PMA a uma mulher sozinha ou em relação com outra mulher, para que não fiquem a depender de um homem para concretizar o desejo de ter filhos, o mesmo deveria acontecer com os homens para não dependerem de uma mulher para concretizar esse desejo¹⁰⁵.

Acresce ainda que, o argumento de que se deve priorizar o superior interesse da criança face à capacidade do exercício da parentalidade por homens sozinhos ou em relacionamento homossexual também é importante questionar, principalmente quando se verifica que não há qualquer comprovação concreta de que essas pessoas não são devidamente capazes de desempenhar os seus papéis como pais.

¹⁰⁵ Cf. Carla Luísa Monteiro CARDOSO, “Procriação Medicamente assistida: limites e desafios ao regime jurídico dos beneficiários”, Dissertação de mestrado em direito das Crianças, Família e Sucessões da UMinho, 2017, pp. 95-96, texto disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/51965>[12.08.2018].

3.2. A igualdade de género e a mulher gestante de substituição

Ora, como visto, as alterações legislativas à Lei de PMA ao permitir que todas as mulheres, independentemente do seu estado civil ou orientação sexual, tenham acesso às técnicas de PMA promoveram uma maior igualdade no exercício dos direitos reprodutivos.

Todavia, quando pensamos na ampliação promovida pela lei, temos de verificar também os direitos daqueles que participam de modo essencial para que a técnica se concretize e as mulheres beneficiárias atinjam o objetivo inicialmente pretendido.

Como assinalou o CNECV no seu Parecer n.º 87/CNECV/2016, as alterações legislativas à Lei de PMA permitem verificar uma mudança do paradigma da utilização das técnicas de PMA, de modo que não implicam um verdadeiro alargamento dos beneficiários das técnicas, mas antes constituem o reconhecimento legal de que a beneficiária das técnicas é aquela em quem as técnicas são potencialmente aplicadas, ou seja, a mulher.

No entanto, a utilização das técnicas de PMA em prol das beneficiárias mulheres podem implicar a atuação de outras mulheres, nomeadamente as gestantes de substituição, as quais também precisam ver os seus direitos atendidos.

Como visto, no Acórdão n.º 225/2018, o Tribunal Constitucional decidiu que o contrato de gestação de substituição em si não viola os preceitos estabelecidos na Constituição, entretanto, certos dispositivos da lei sim, posto não preverem adequadamente a proteção dos diversos direitos em jogo quando se trata da utilização de técnicas de PMA.

Assim, quando falamos de direitos reprodutivos das mulheres no contrato de substituição, diante da maior proteção dos direitos das mulheres beneficiárias, é importante verificar se este contrato prevê e protege adequadamente os direitos da mulher gestante, nomeadamente a sua dignidade e o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Segundo Paulo Otero, a maternidade de substituição implica uma situação em que a mulher gestante acumula três obrigações¹⁰⁶:

¹⁰⁶ Cf. Paulo OTERO, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, in *Direito & Política*, n.º 1, 2012, p. 82.

A cedência do seu útero, gerando uma criança, a favor de terceiro;

A entrega a terceiro, após o parto, da criança gerada no seu útero;

A renúncia ao estatuto de mãe a favor do cliente.

Para o autor, embora a gestação de substituição tenha por fim o objetivo nobre de se gerar uma nova vida, o meio empregue, mediante a cedência do útero de uma mulher ao projeto parental de outros, não o justifica, posto que a mulher gestante se reduziria a uma mera incubadora, conseqüentemente reduzindo assim a sua própria dignidade, representando um retrocesso histórico no processo de afirmação e dignificação da mulher e atentando contra o princípio da humanidade formulado por Kant¹⁰⁷.

Esta escolha da gestante de suportar uma gravidez e entregar posteriormente a criança que vier a nascer pode ser vista como um exercício da sua liberdade para renunciar, antecipadamente, aos poderes e deveres próprios da maternidade. Todavia, até que ponto esta renúncia não pode significar ultrapassar os limites ao exercício da liberdade da gestante, e conseqüentemente uma violação a sua dignidade¹⁰⁸?

Portanto, o contrato de gestação comunicaria uma contraposição no que tange à proteção dos direitos reprodutivos das mulheres, uma vez que ao promover maior garantia aos direitos reprodutivos das mulheres que desejam ter filhos e por razões clínicas não o podem, acabaria por interferir na garantia da dignidade das mulheres que decidem ceder a utilização de uma parte do seu corpo em benefício de outras.

Nos termos descritos por Maria Raquel Guimarães temos “um contrato ‘de mulheres’, paradoxalmente assumido entre nós como uma reivindicação (um ‘direito a procriar’, como defendem alguns) de mulheres, quando em outras paragens é criticado

¹⁰⁷ “A ideia kantiana de que o ser humano nunca pode ser um simples meio, nem tratado como um objeto, antes cada pessoa humana encerra sempre um fim em si mesmo, é vilipendiada com a maternidade de substituição: a mulher aparece aqui como meio, um objeto do serviço dos interesses procriativos de terceiro, num cenário em que a sua dignidade aparece capturada pela liberdade.” Cf. Paulo OTERO, “A dimensão ética da ...”, *op. cit.*, p.85.

¹⁰⁸ “O princípio da dignidade da pessoa humana assume uma grande relevância em matéria de renúncia a direitos fundamentais, na medida em que tem sido simultaneamente considerado “limite absoluto da possibilidade de renúncia” e “fundamentos do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais”. Cf. Benedita Mac CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos...*, *op. cit.*, p.75.

pelos movimentos feministas com fundamento na instrumentalização que pressupõe do corpo da mulher e na exploração que potencia”¹⁰⁹.

Acresce ainda o fato de ser um contrato em que, embora tenha de ser definido pela sua gratuidade e correspondente voluntariedade da gestante, é esta quem tem mais obrigações, nomeadamente suportar uma gravidez e posteriormente entregar a criança, obrigações estas que acabam por envolver aspectos físicos e psicológicos consideráveis quando se tem em consideração a relação dinâmica e intensa que se cria entre a gestante e a criança gerada¹¹⁰.

Há quem defenda, portanto que, não obstante o contrato de gestação de substituição evidenciar o espírito altruísta da mulher gestante, ele necessariamente implica a sua instrumentalização ao serviço dos interesses dos beneficiários, de modo que ela se converte num mero meio, numa incubadora, o que é incompatível com a sua dignidade.

O contrato de gestação de substituição implicaria à gestante o consentimento e a aceitação de intervenções continuadas em seus direitos fundamentais como o direito à saúde e o direito a constituir família e a ter filhos, é um contrato em que o consentimento dos beneficiários e o da gestante não são simétricos, caracterizando-se assim por uma exploração da utilização do corpo da mulher, o que seria inaceitável dentro do que prevê o regime jurídico português.

Contudo, outra vertente de entendimento, sublinha que embora o contrato de gestação de substituição envolva a cedência do corpo por parte da mulher gestante, isso não necessariamente implica que ela estará a perder a sua autonomia e consequentemente tendo violada a sua dignidade¹¹¹.

¹⁰⁹ Cf. Maria Raquel GUIMARÃES, “ ‘Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, in Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, p. 107.

¹¹⁰ “Não obstante, o consentimento dos beneficiários e o da gestante, não só não são simétricos – uma vez que o da gestante implica a aceitação de intervenções continuadas em direitos fundamentais como a integridade física ou a saúde e o direito a constituir família e a ter filhos, ao passo que o dos beneficiários se limita à recolha do material genético necessário para a concretização da gestação de substituição e à transferência uterina do embrião assim criado; sobretudo, não são consumidos pelo contrato que beneficiários e gestante celebram entre si”. Cf. Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 225/2018, *op. cit.*, p. 1897.

¹¹¹ Cf. Vera Lúcia RAPOSO, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas: direito contratual e contratos de gestação”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, p. 172.

Como foi defendido pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 225/2018, a gestação de substituição tem relevância constitucional positiva no sentido de que é um modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, nomeadamente o direito de constituir família e o direito de procriar, os quais, por razões de saúde, ficaram prejudicados de se realizar.

Bem como, no que se refere à gestante, a gestação de substituição pode ser vista como um modo de exercício do direito fundamental ao desenvolvimento da sua personalidade, e conseqüentemente da sua dignidade, sendo que o que legitima a sua intervenção é a afirmação livre e responsável da sua personalidade.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional entendeu que o legislador visou garantir a dignidade da gestante no momento em que previu como pressuposto do próprio contrato de gestação de substituição que a gestante seja informada dos benefícios e riscos conhecidos, das implicações éticas, sociais e jurídicas do seu compromisso e que, assim devidamente informada, seja lhe dada condição de prestar um consentimento expresso, autónomo e antecipado; bem como, por outro lado, quando a lei permitiu a revogação de tal consentimento “até ao início dos processos terapêuticos de PMA” (cf. os artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, ambos da LPMA).

Ora, nesses termos para se consolidar um contrato de gestação de substituição válido e legítimo é primeiramente necessário que haja o consentimento expresso e informado por parte tanto da gestante quanto dos beneficiários, no sentido de que estes querem ser pais por tal meio, e aquela tem de demonstrar querer que os beneficiários sejam os pais da criança gerada.

Bem como, a norma estabelecida na Lei de PMA dispõe que o contrato firmado entre as partes, para além de ter de ser gratuito, não pode impor normas que atentem contra os direitos, liberdade e dignidade da gestante de substituição.

Assim sendo, primeiramente temos de considerar a gratuidade do contrato de gestação de substituição na forma como se encontra consagrada no ordenamento português, em que não é permitido a celebração de contratos quando exista qualquer relação de subordinação económica entre as partes, sendo só permitido o pagamento do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento médico necessário.

Ora, o estabelecimento da gratuidade do contrato de gestação de substituição deve ser visto como condição essencial para garantir a não exploração económica da

gestante e conseqüentemente para promover a sua atuação livre e autónoma no decorrer do procedimento.

No mesmo sentido, a exigência de prestação de consentimento exposto, autónomo e antecipado contribui para se garantir a autonomia e voluntariedade da gestante no momento em que decide ser parte em um procedimento que envolve uma série de cedências que, de outro modo, poderiam ser vistas como atentatórias da sua dignidade.

Afinal, a gestação em si é um processo que envolve aspectos biológicos, psicológicos, afetivos e sociais relevantes, os quais, numa visão contrária aos contratos de gestação de substituição, são considerados como excessivos, pois a gestante ficaria privada de uma série de seus direitos e interesses enquanto estivesse a decorrer o procedimento, para além de ao final vir a ser submetida a uma separação drástica depois de todo o vínculo que se criou naturalmente com a criança gerada.

Ora, este entendimento baseia-se na ideia de que o contrato de gestação de substituição impõe a utilização da mulher gestante, violando a sua dignidade, submete a mulher gestante a um papel submisso dentro do contrato, retirando a validade do consentimento prestado por ela de concordar em participar do procedimento.

É claro que a gravidez é um estado que exige maiores cuidados e cedências, entretanto, a mulher mantém a sua liberdade e autonomia, podendo, conforme cada caso, continuar com todos os seus hábitos anteriores sem grandes alterações¹¹².

Pelo que, reduzir o papel da mulher gestante de substituição a uma mera incubadora em favor dos beneficiários, é negar o seu papel como sujeito livre e autodeterminado que tem plena capacidade de fazer escolhas, como é a escolha voluntária e beneficente de auxiliar um casal a concretizar o seu desejo pelo exercício da parentalidade.

Acresce ainda que, quando o art. 8.º, n.º 11 da LPMA determina que o contrato de gestação de substituição não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade,

¹¹² “A mulher grávida, no essencial, continua tão livre e autodeterminada nos planos intelectual e físico (incluindo neste a dimensão sexual) como antes, não representando os mencionados cuidados mais do que condicionamentos limitados, que se justificam em razão do bem-estar da criança que vai nascer e da própria grávida.” Cf. Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 225/2018, *op. cit.*, p. 1909.

temos elementos que visam assegurar o contínuo desenvolvimento da personalidade da gestante e, correspondentemente, a sua não objetificação.

Ora, esse compromisso assumido pelos beneficiários face à gestante visa garantir que a gestante não está subordinada aos meros desejos e anseios dos beneficiários, mas antes mantém a sua liberdade em conjunto com o compromisso assumido de lhes gerar uma criança.

A todos esses aspectos, acresce o fato de que a LPMA estabelece que a celebração dos negócios jurídicos de gestação de substituição carece de prévia audição da Ordem dos Médicos e posterior autorização do CNPMA, órgão que também é responsável por depois supervisionar todo o processo, o que contribuiria para garantir no decorrer dos procedimentos a voluntariedade do contrato e a dignidade das partes envolvidas.

3.3. O superior interesse da criança

O art. 36.º, n.º 1 da CRP, ao estabelecer o direito a constituir família compreende não apenas o direito de concretizar uma vida em comum e o direito ao casamento, mas também o direito a ter filhos, incluindo, nesse sentido, uma liberdade de procriação.

Todavia, este direito a procriar não é absoluto, estando o mesmo sujeito aos limites constitucionais e ao princípio da proporcionalidade. Pelo que, no que toca às novas tecnologias de procriação, o que se coloca é, até que ponto este direito envolve também a utilização de uma técnica de procriação heteróloga ou o recurso a uma gestação de substituição, tendo em vista os outros interesses e direitos constitucionais em questão, nomeadamente o superior interesse da criança e a sua dignidade, bem como o seu direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da sua personalidade¹¹³.

No âmbito da proteção da família enquanto elemento fundamental da sociedade, o art. 67.º, n.º 2, e) da CRP trouxe a admissibilidade constitucional da procriação medicamente assistida e incumbiu ao Estado a sua regulamentação em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana¹¹⁴.

¹¹³ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 567.

¹¹⁴ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 859.

Como vimos, as técnicas de procriação assistida e a gestação de substituição visam garantir o direito a constituir família dos beneficiários, buscando assim proteger a sua dignidade. No entanto, ao assim proteger, acabam por desafiar a proteção da dignidade da pessoa humana dos outros envolvidos.

No que toca à criança nascida das técnicas de PMA, nomeadamente de um contrato de gestação de substituição, questiona-se em que medida a lei visou assegurar a proteção da sua dignidade e do seu livre desenvolvimento pessoal.

Segundo Paulo Otero, a proteção da dignidade da criança nascida de um contrato de gestação de substituição é colocada em perigo na relação desta com a gestante de substituição, pois há uma utilização da criança como simples meio a serviço dos propósitos da gestante, sejam eles de índole financeira, sejam por razões de solidariedade¹¹⁵.

Já na relação que se estabelece entre a criança nascida e os beneficiários, segundo o autor, a criança é uma espécie de objeto encomendado, surgindo “como instrumento de satisfação e expressão de um capricho”, sendo vista como um elemento para a satisfação egoísta dos desejos dos beneficiários¹¹⁶.

Portanto, de um lado, ou de outro, a gestação de substituição tornaria a criança nascida o objeto de um negócio jurídico, demonstrando assim uma evidente mercantilização do ser humano e consequentemente violando o princípio da dignidade da pessoa humana da criança, bem como colocando em questão o dever do Estado na proteção da infância.

Nos termos do Parecer n.º 87/CNECV/2016, a alteração legislativa ao provocar uma mudança de paradigma da utilização das técnicas de PMA na medida em que se foca no interesse das mulheres beneficiárias, desconsidera um conjunto de direitos que constituiria o mais importante valor a salvar: os direitos da criança. Ora, nas palavras do CNECV, a utilização das técnicas de PMA deve estar subordinada ao primado do ser humano, pelo que, deve-se assim valorizar a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é o mais carecido de proteção.

¹¹⁵ Paulo OTERO, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, in *Direito & Política*, n.º 1, 2012, p. 88.

¹¹⁶ Paulo OTERO, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, in *Direito & Política*, n.º 1, 2012, p. 88. op. cit?

Os principais questionamentos quanto à proteção do superior interesse da criança pelas alterações legislativas à lei n.º 32/2006, referem-se ao fato de que, à ampliação do rol de beneficiárias e à regulamentação da gestação de substituição, não houve a correspondente e necessária garantia dos direitos da criança que vier a nascer, nomeadamente no que se refere à promoção dos direitos que são essenciais à construção da sua personalidade e proteção da sua dignidade.

Nesse sentido, questiona-se em que medida uma criança nascida de uma técnica de PMA ou de um contrato de gestação de substituição não pode ser vista como um mero instrumento para a satisfação egoísta, seja dos beneficiários, seja da gestante de substituição?

Por outro lado, quando nos referimos à gestação de substituição temos de verificar todo o arcabouço biológico e psicológico que se desenvolve entre a gestante e a criança no decorrer do procedimento e que depois será rompido com a entrega da criança aos beneficiários.

Embora não existam evidências suficientes de que separação entre a gestante e a criança nascida determine prejuízos efetivos no desenvolvimento pessoal da criança, já se comprovou que a relação epigenética e psicológica que estabelece durante o desenvolvimento intrauterino é importante para o crescimento, desenvolvimento pessoal e afirmação bio-psicosocial da criança¹¹⁷.

Acresce ainda que, no que toca ao desenvolvimento pessoal da criança, questiona-se se a regra de anonimato dos dadores e também agora da gestante de substituição prevista na Lei de PMA não violaria o direito à identidade pessoal, à dignidade pessoal e à identidade genética da criança nascida das técnicas, na medida em que esses direitos são essenciais à construção da sua identidade como ser humano.

Ora, nos termos da lei de PMA, a utilização das técnicas e o contrato de gestação de substituição visam ao nascimento de uma criança, a qual, é considerada, em ambos os casos, filha dos beneficiários, não podendo o/a dador(a) serem considerados pais da criança, não lhes cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

Nesse sentido, no que toca aos dadores, a lei de PMA também estabelece o sigilo sobre o próprio ato da PMA, bem como o anonimato dos participantes dos processos

¹¹⁷ Cf. Declaração de voto de Rita Lobo Xavier sobre o Parecer 87/2016 do CNECV, Março de 2016, *op. cit.*.

com recurso a técnica de PMA, salvo se houver razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial que justifiquem a revelação da identidade do dador (v. artigo 15.º, n.º 4).

Portanto, nos termos da lei, as pessoas nascidas em decorrência das técnicas de PMA com recurso à dádiva de gametas ou embriões podem obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, todavia, não podem obter a identificação do dador.

No entender de parte da doutrina, bem como no dos deputados requerentes da ação de declaração de inconstitucionalidade que culminou no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, esta regra de anonimato, mesmo não sendo absoluta, viola o direito à identidade pessoal do qual decorreria à criança nascida da técnica de PMA um direito ao conhecimento da sua ascendência genética, a qual faz parte da sua historicidade pessoal, mesmo que não haja qualquer relação de afetividade entre a criança nascida e o(s) dador(es).

A identidade pessoal é o que caracteriza cada pessoa enquanto indivíduo e que o diferencia das outras pessoas, e teria como das suas componentes essenciais o direito à identidade genética própria e o direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e da maternidade, os quais, visto em uma perspectiva mais ampla incluiriam o direito ao conhecimento das origens genéticas¹¹⁸.

Segundo Rafael Vale e Reis, o direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas envolve, em princípio, reconhecer a todo indivíduo o direito de investigar a maternidade e paternidade, sendo que no caso das pessoas geradas com recurso a técnicas de PMA com gametas ou embriões doados, envolveria o direito à obtenção de informação que permita a identificação desse(s) dador(es), bem como no âmbito de um contrato de ‘maternidade’ de substituição em que a portadora não tenha facultado o óvulo que foi fecundado, o reconhecimento do direito a aceder à identidade dessa mulher que suportou a gravidez¹¹⁹.

¹¹⁸ Cf. Jorge MIRANDA, e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição revista, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 444-445.

¹¹⁹ Cf. Rafael Vale e REIS, “Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida?”, in João LOUREIRO, André Dias PEREIRA, Carla BARBOSA (coord.), *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. IV – *Genética e Procriação Médica Assistida*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, p. 164.

Dessa forma, a regra do anonimato prevista na LPMA estabeleceria um conflito de direitos: de um lado o direito da pessoa nascida de uma técnica de PMA à sua identidade/historicidade pessoal e à ascendência genética nos termos dos artigos 26.º, n.ºs 1 e 3 da CRP, e do outro lado o direito a constituir família o direito à intimidade da vida privada e familiar previstos respetivamente nos artigos 36.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1 da CRP.

Acresceria a isto, o fato de esta regra violar o princípio da igualdade entre as pessoas nascidas das técnicas de PMA e as nascidas pelos meios tradicionais, pois estas podem conhecer as suas origens e aquelas não.

Como visto, a CRP ao prever a todos o direito de constituir família em condições de plena igualdade estabelece a todos o direito de ver juridicamente reconhecidos os vínculos de parentesco, bem como ao estabelecer o direito à identidade pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade reconhece aos indivíduos um direito a ter um nome e uma historicidade pessoal, o que estaria vinculado a um direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.

Segundo André Gonçalo Dias Pereira, os referidos direitos constitucionalmente reconhecidos ganham respaldo no sistema jurídico português quando se verifica, nos termos do art. 1796.º do Código Civil, que para o direito da filiação português a maternidade é imposta *ope legis* (desconsiderando a vontade da mulher) e o critério determinante é o do parto, demonstrando a intenção do sistema de que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel¹²⁰.

Em contrapartida, no que se refere à paternidade, o Código Civil estabelece no seu artigo 1826.º a presunção de paternidade segundo a qual, enquanto não se apresente prova em contrário, é considerado pai o homem casado com a mãe.

Não se tratando de uma situação em que exista matrimónio, a lei estabelece outros mecanismos de verificação de paternidade: a perfilhação, a averiguação oficiosa de paternidade e a ação de investigação da paternidade.

¹²⁰ Cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, “Filhos de Pai Anónimo no Século XXI!”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, p. 44.

O ordenamento jurídico português prevê assim uma conjuntura de dispositivos e mecanismos para garantir aos indivíduos o reconhecimento jurídico do seu parentesco e consequentemente promover o desenvolvimento da sua identidade pessoal, tendo a reforma do Código Civil de 1977 sido considerada importante no intuito de diminuir a figura dos filhos de pai incógnito¹²¹.

Ora, tendo por base os direitos e garantias estabelecidos na constituição, bem como o sistema de filiação estabelecido no ordenamento civil português, as alterações legislativas à Lei de PMA importaram novas nuances à determinação da parentalidade, tendo as técnicas de PMA heterólogas estabelecido uma exceção ao princípio da verdade biológica e a gestação de substituição, uma exceção ao estabelecimento da maternidade como decorrência do parto.

No que toca à utilização de técnicas de PMA heteróloga, quando um ou ambos os gametas do casal não são viáveis e tem de se recorrer a espermatozoides ou ovócitos doados, o dador não pode ser havido como pai da criança que irá nascer, bem como esta não tem o direito a conhecer a identidade do mesmo.

Ora, a lei n.º 17/2016, permitiu o acesso às técnicas de PMA a todas as mulheres independentemente do seu estado civil ou orientação sexual e nesse sentido, alterou a regra sobre a determinação da parentalidade, de modo que, conforme estabelecido no art. 20.º, n.º3 da LPMA se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida à técnica de PMA, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.

Essa regra retirou, quanto às hipóteses de utilização das técnicas de PMA por mulheres solteiras, a obrigatoriedade estabelecida no art. 1864.º do Código Civil de que sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve ser averiguada oficiosamente a identidade do pai.

Nesse sentido, uma questão que se coloca é saber se o reconhecimento de um direito à identidade pessoal também se aplicaria aos casos de técnicas de procriação heterólogas e de gestação de substituição como um direito ao conhecimento da

¹²¹ “Os resultados desta política legislativa são muito positivos: nos últimos 40 anos, o número de filhos de pai incógnito tem baixado substancialmente. Com efeito, há cerca de 151.000 portugueses sem o nome do pai indicado no bilhete de identidade, mas apenas 8000 tem menos de 15 anos. E mais de 70% dos casos referem-se a pessoas com mais de 40 anos.” Cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, “Filhos de Pai ...”, *op. cit.*, p. 51.

progenitura, ou se nessas hipóteses o referido direito à identidade pessoal seria apenas garantido, em substituição, como direito à identidade genética¹²².

No entender de parte da doutrina, esta norma vem em evidente contraposição à ideologia do sistema de filiação português das últimas décadas contribuindo para o retorno dos filhos de pai incógnito, uma vez que ao não permitir a averiguação oficiosa da paternidade, nega a filiação à criança nascida, conseqüentemente, nega-lhe o seu direito à historicidade pessoal e o seu direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Nas palavras de André Gonçalo Dias Pereira: “Não apenas não tem nem poderão ter um pai, como não tem nem podem ter uma família paterna (avós, tios, meios-irmãos, primos). Se a Constituição de 1976 pôs fim à discriminação das crianças nascidas fora do casamento, o legislador de 2016 criou novas diferenciações estruturais no estatuto das pessoas”¹²³.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 225/2018 entendeu que o regime do anonimato estabelecido na lei de PMA constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, bem como combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas - e só - quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente¹²⁴.

¹²² Cf. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 462.

¹²³ Cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, “Filhos de Pai ...”, *op. cit.*, p. 53.

¹²⁴ Assim sendo, o TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do art. 15.º, n.º 1 da LPMA na sua forma atual, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do referido artigo 15.º da LPMA, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa.

Entretanto, no que toca à dispensa da averiguação oficiosa da paternidade, consagrada no artigo 20.º, n.º 3, da lei, nos casos em que uma mulher, a título individual, tenha recorrido a técnicas de PMA para engravidar, o Tribunal Constitucional entendeu que nesta situação a averiguação seria inteiramente desprovida de sentido, uma vez que, ainda que pudesse ser conhecida a identidade do dador, este não poderia ser tido como progenitor da criança nascida, pelo que o legislador apenas teria se limitado a estabelecer uma exceção à regra da averiguação oficiosa da paternidade, evitando os transtornos para a mãe e a criança daí necessariamente decorrentes, bem como a mobilização de meios públicos para um processo sem qualquer propósito.

Assim sendo, nos termos a decisão do Tribunal, “a referida norma afigura-se razoável e proporcional, tendo em mente a necessidade de salvaguarda de direitos fundamentais, quer da mãe, quer da própria criança gerada por mulher sozinha com recurso a PMA, designadamente, o respeito pela sua vida privada e familiar.”

CONCLUSÃO

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos desenvolve-se no sentido de promover a igualdade e a dignidade humana de todos os indivíduos, independentemente do sexo, raça, nacionalidade, etc.

Dentro dessa lógica de proteção dos direitos humanos, inicialmente formulada em uma concepção mais generalista, começam a crescer os movimentos de especificação dos sujeitos dos referidos direitos, no sentido de que a proteção dos direitos humanos seja aplicada em adequação a cada contexto económico, bem como tendo em atenção os interesses de cada grupo social.

Nesse sentido, acompanhando esse processo, foi importante o movimento de mulheres que, ao trazer para a discussão institucional questões específicas da condição feminina, buscaram questionar as desigualdades de direitos entre homens e mulheres e assim demandar um reconhecimento sistemático e efetivo de seus direitos.

Assim, diante da constatação de que as convenções internacionais concluídas sob a égide da Organização das Nações Unidas não eram suficientes para tratar das discriminações a que as mulheres ainda eram submetidas tanto na vida privada quanto na pública, bem como tendo por base a ideia de que a eliminação desse tipo de discriminação é elemento essencial para a promoção dos direitos humanos e para o progresso da humanidade¹²⁵, foi aprovada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, em 1979.

Esta Convenção estabeleceu aos Estados Partes o dever de tomar todas as medidas apropriadas no sentido de assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso das mulheres, vindo assim, a ser importante instrumento de Direito internacional para condenar e eliminar práticas discriminatórias contra as mulheres nos domínios político, económico, social, cultural, civil ou qualquer outro.

A partir dessa Convenção ganhou ainda mais força o objetivo de promoção da igualdade independentemente do sexo, fazendo com que esse princípio base da luta feminista passasse a galgar espaço nos instrumentos internacionais posteriores, vindo a ser oficialmente reconhecido que os direitos das mulheres são direitos humanos na

¹²⁵ Cf. Proclamação de Teerão, de 13 de Maio de 1968, *op. cit.*

Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993, em Viena, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos.

Em sequência, o reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos ganha relevância dentro das discussões decorridas nas Conferências Mundiais sobre População, em que ficavam cada vez mais em contraste, as teorias neomalthusianas baseadas no controle de natalidade e a luta dos movimentos feministas pelo reconhecimento dos direitos das mulheres na área da saúde, como os relacionados com a saúde reprodutiva e o planejamento familiar.

É possível perceber nesse desenvolvimento que dentre os direitos das mulheres há um grupo de direitos que ganham relevância quando consideramos a saúde e o desenvolvimento pessoal e social da mulher, qual seja, os direitos reprodutivos.

Como vimos, a origem dos direitos reprodutivos tem referência à ideia de garantir a todos o direito a um planejamento familiar adequado, posto que o seu construto institucional tinha forte ligação às teorias populacionais neomalthusianas da segunda metade do Século XX que relacionavam à estabilidade econômica de um país a estabilidade de crescimento populacional do mesmo, de modo que para se garantir o desenvolvimento de uma sociedade seria necessário um devido controle populacional.

Entretanto, concomitantemente à defesa dessas teorias, continuavam a crescer as ideias feministas que, baseadas numa perspectiva de análise de gênero, buscavam ressignificar o conceito por trás da atividade reprodutiva no intuito de ver nela reconhecida uma possibilidade de emancipação e desenvolvimento da mulher e não apenas como modo de crescimento da população cujos deveres e responsabilidades recaem quase que prioritariamente sobre as mulheres.

A aplicação da categoria de gênero às relações entre homens e mulheres dentro do âmbito da sexualidade e da reprodução, fez com que o estudo desses temas passassem a ter como arcabouço de análise a organização social das diferenças sexuais entre homens e mulheres, bem como as relações de poder que se encontravam por detrás desses papéis sociais, a fim de assim poder-se realizar uma proteção dos direitos que combatesse a subordinação a que as mulheres foram reiteradamente colocadas no decorrer da história e que congregasse de forma plena e igualitária os interesses de homens e mulheres.

À medida que as ideias feministas ganhavam força no discurso internacional, os instrumentos jurídicos que se desenvolviam foram tomando atenção às mesmas. É o que podemos verificar na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento de 1994, considerada um marco na evolução dos direitos das mulheres e responsável por consolidar a concepção de que o crescimento económico sustentado de uma população tem relação direta com os progressos na saúde, educação e emancipação das mulheres.

Nesta Conferência, a ideia de que o desenvolvimento socioeconómico de um país está vinculado ao crescimento de sua população foi perdendo espaço para a defesa de uma concepção de que tal desenvolvimento depende em verdade da garantia de que os cidadãos possam exercer livremente os seus direitos.

Dentre os direitos reconhecidos na Conferência, encontram-se os denominados direitos reprodutivos, vistos como o direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução, sendo entendido como elemento fundamental da igualdade de género.

Nessa perspectiva, todos os Estados participantes da Conferência foram demandados a traduzir o seu apoio à saúde reprodutiva e a garantir as condições necessárias a um adequado planejamento familiar.

As Convenções internacionais e as Conferências Mundiais sobre População neste estudo citadas foram instrumentos importantes para a consolidação do reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres dentro de uma concepção atual que busca promover a saúde reprodutiva e a autonomia da mulher, bem como que visa a garantia de condições para um planejamento familiar adequado que compreenda de forma igualitária os direitos e interesses das mulheres e homens envolvidos.

Portanto, todo o desenvolvimento do ordenamento jurídico internacional no sentido de reconhecimento dos direitos reprodutivos foi importante para consolidar o entendimento de que a reprodução não é consequência direta do exercício da sexualidade e de que a maternidade não deve ser vista como algo determinante e essencial ao género feminino, bem como de que homens e mulheres, embora com funções biológicas diferentes, têm os mesmos deveres e direitos no que se refere ao planejamento familiar.

Todavia, apesar de tais garantias institucionais, é importante considerar que quando verificamos a realidade prática de muitas sociedades, há ainda muita desigualdade de género, de modo que ainda há muito o que se desenvolver para se garantir a proteção efetiva dos direitos das mulheres.

No que se refere aos direitos reprodutivos, temos de ter em conta que, não obstante a perspectiva de género ter cada vez mais respaldo nos vários âmbitos da sociedade, há ainda muito o que mudar para que a ciência, as instituições e a sociedade entendam a complexidade que envolve o tema da saúde reprodutiva da mulher, de modo a tratar essa questão com a integralidade que a mesma requer e com a devida atenção que a mesma supõe, principalmente quando consideramos as diferenças sociais, económicas e culturais que existem dentre os vários grupos de mulheres.

A esses desafios acrescem, atualmente, as inovações trazidas com o avanço das tecnologias reprodutivas que, como vimos, passaram a permitir o exercício da atividade reprodutiva sem a necessidade do ato sexual, contribuindo para a promoção do direito a constituir família para aqueles indivíduos que não podem procriar naturalmente.

Ora, essa mudança na lógica reprodutiva trouxe à temática dos direitos reprodutivos novos sujeitos de direito, nomeadamente mulheres e homens homossexuais, bem como solteiras e solteiros.

Consequentemente, essa ampliação das possibilidades de exercício dos direitos reprodutivos gera interferência no exercício e garantia dos direitos dos outros indivíduos envolvidos na utilização das novas tecnologias reprodutivas: os dadores de gâmetas e ovócitos, as eventuais gestantes de substituição e as crianças nascidas das técnicas.

Tendo em consideração essa conjuntura e a série de desafios colocados pelas novas tecnologias reprodutivas à proteção dos direitos reprodutivos das mulheres e à garantia de uma igualdade de género, estudamos em que medida a Lei Portuguesa de PMA, após as alterações legislativas oriundas da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, e a da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, promovem a proteção desses direitos das mulheres e salvaguardam a dignidade da pessoa humana.

A lei n.º 32/2006 foi relevante dentro da ordem jurídica portuguesa ao permitir a utilização de técnicas de PMA a casais heterossexuais com diagnóstico de infertilidade ou que necessitassem de uma procriação assistida para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

A referida lei, assim, visou garantir os direitos reprodutivos num outro espectro do planeamento familiar, no sentido de que permitiu a mulheres e homens o exercício de uma parentalidade biológica que naturalmente não aconteceria.

Posteriormente, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, trouxe uma série de alterações ao texto original da lei que regula a utilização das técnicas de PMA em Portugal, tendo como mudança principal a ampliação do rol de beneficiárias das técnicas de PMA. Já a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, trouxe uma modificação significativa ao permitir a gestação de substituição em casos excepcionais.

Ora, quando analisamos sob a perspectiva de que cabe aos Estados Partes garantir a homens e mulheres os mesmos direitos de decidir livremente sobre seus direitos reprodutivos, bem como lhes cabe assegurar a supressão de todas as barreiras ao acesso das mulheres aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, nomeadamente pelo simples fato da sua condição de ser mulher, temos que a alteração legislativa ocorrida em Portugal avança significativamente na promoção de uma maior igualdade de género no exercício dos direitos reprodutivos.

Afinal, numa primeira análise, ao se permitir que, independentemente do seu estado civil ou orientação sexual, as mulheres possam exercer seu direito a decidir livremente e com todo o conhecimento de causa do número e do espaçamento dos nascimentos e de ter acesso à informação, à educação e aos meios necessários para permitir o exercício destes direitos, dá-lhes maior controle sobre suas capacidades reprodutivas, garante-lhes maior autonomia frente a uma sociedade ainda marcadamente patriarcal e promove uma justiça mais equitativa entre as mulheres em si no acesso a tais direitos.

Dessa forma, analisando sob o prisma normativo, na forma como estão dispostas as alterações legislativas à Lei de PMA em Portugal, não podemos deixar de visualizar uma maior promoção da igualdade de género entre homens e mulheres e das mulheres entre si, o que por sua vez garante uma maior justiça no exercício dos direitos reprodutivos e conseqüentemente no exercício das mais diversas formas de parentalidade presenciadas no mundo contemporâneo.

No entanto, é importante considerar que a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, embora tenha estabelecido uma significativa mudança de paradigma ao retirar do acesso às técnicas de PMA a obrigatoriedade do critério da infertilidade, manteve as técnicas

de PMA como um método subsidiário, e não alternativo, de procriação, não obstante os projetos de lei defenderem a definição legal das técnicas de PMA como complementares de procriação.

Deste modo, se por um lado a referida mudança de paradigma estabeleceu o acesso às técnicas de PMA a todas as mulheres independentemente do seu estado civil e do diagnóstico de infertilidade, por outro lado, a opção do legislador pela manutenção da ideia de subsidiariedade das técnicas determina, entretanto, um limite a esta ampliação do rol de beneficiárias, no sentido de que as técnicas só se aplicarão para aquelas situações em que o direito de procriar derradeiramente só poderá ser exercido mediante a utilização das referidas tecnologias.

Assim, importa também considerar que uma maior promoção de justiça formal conforme consta da atual lei portuguesa de PMA, não necessariamente garante uma maior promoção de justiça material na prática diária, principalmente quando se tem em vista que há uma série de outros interesses em contraposição para além daqueles das mulheres beneficiárias.

Ora, quando consideramos que as alterações legislativas tinham por objetivo colmatar a excessiva desigualdade a que a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, submetia algumas mulheres, é de se questionar por que, a partir do momento em que a gestação de substituição passou a ser permitida, não se buscou verificar também a questão do acesso às técnicas por homens homossexuais tendo em consideração que a lei portuguesa já permitia o exercício do direito a parentalidade por esses indivíduos mediante a adoção.

Os argumentos para a restrição do acesso às técnicas de PMA por homens e/ou casais homossexuais passam por argumentos referentes às diferenças biológicas e de papéis sociais entre homens e mulheres, no sentido de que, pela sua natureza, os homens não têm a capacidade biológica gestacional, bem como pela noção de que haveria um prejuízo ao bem estar da criança nascida pelo exercício de uma monoparentalidade ou uma parentalidade homossexual, uma vez que este não é o tipo natural de parentalidade.

O argumento de que o exercício da parentalidade por homens sozinhos ou em relacionamento homossexual pode gerar prejuízos à criança nascida, entretanto, não encontra comprovação concreta, bem como o mesmo seria motivo para impedir também

o reconhecimento legal do acesso às técnicas por mulheres sozinhas ou casais homossexuais.

Por outro lado, há quem defenda que a lei excluiu a hipótese de que homens homossexuais acessem às técnicas, não porque eles tenham de ter o seu direito limitado e cedido em prol de um outro valor superior, mas porque pela sua natureza, nunca foram titulares de tal direito.

De fato, os homens dependem dos gametas femininos e do útero de uma mulher para exercer os seus direitos reprodutivos, todavia, em contrapartida, as mulheres embora tenham capacidade biológica de gestar um ser, também necessitam dos gametas masculinos para o mesmo.

Dessa forma, podemos concluir que as alterações legislativas à Lei de PMA em Portugal, não obstante terem promovido maior igualdade entre as mulheres beneficiárias, mantiveram uma lacuna na proteção dos direitos reprodutivos de forma igualitária quando não permitiram o acesso às técnicas de PMA por homens solteiros ou em relacionamento homossexual.

Com isto, foram violados o princípio da igualdade e o direito a terem filhos e constituir família daqueles homens, bem como, inevitavelmente, contribui-se para reforçar a concepção de que a parentalidade está necessária e inevitavelmente interligada à mulher.

Nesse sentido, importa também considerar um outro ponto, pois quando pensamos na ampliação promovida pela lei às beneficiárias das técnicas, temos de verificar os direitos das outras pessoas que contribuem para que a procriação se concretize, como é o caso das gestantes de substituição.

Como visto, nos termos da alteração legislativa ocorrida em 2016, o contrato de gestação de substituição é uma solução para situações muito específicas de infertilidade e está sujeita a autorização prévia, e uma vez considerado válido e eficaz determina que a gestante se submeta a uma técnica de PMA e posteriormente suporte uma gravidez por conta dos beneficiários até ao fim, quando dá à luz a criança e entrega-a aos beneficiários.

Pelo tipo de contrato que é, muitos o consideram um procedimento que pressupõe a instrumentalização da mulher gestante, reduzindo a sua dignidade. Outros,

todavia, a entendem como um modo de exercício do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade da gestante, sendo que o que legitima a sua intervenção é a afirmação livre e responsável da sua personalidade.

Como vimos, foi neste último sentido que entendeu o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 225/2018, ao considerar a relevância constitucional positiva da gestação de substituição como modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, nomeadamente o direito de constituir família e o direito de procriar.

Ora, é fato que a gestação é um processo complexo que envolve aspectos biológicos, psicológicos, afetivos e sociais relevantes, e que pressupõe uma série de escolhas importantes por parte da gestante capazes de influenciar todo o decorrer do processo gestacional.

Ademais, quando consideramos que se trata de um contrato em que algumas dessas escolhas estariam subordinadas aos interesses dos beneficiários, embora a lei proíba restrições de comportamentos e normas que atentem contra os direitos, liberdade e dignidade da gestante, bem como quando pensamos que ao final haverá uma separação drástica do vínculo que se construiu por meses entre a gestante e a criança, poderia se cogitar que tal contrato é atentatório à salvaguarda da dignidade humana da mulher gestante.

Todavia, quando verificamos que a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, estabeleceu como pressupostos do contrato de gestação de substituição a sua gratuidade, sendo só permitido o pagamento do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento médico necessário, verificamos que buscou-se garantir o espírito altruísta do procedimento, bem como a não exploração económica da gestante de modo que esta possa atuar livre e autonomamente.

Acresce a isto, o pressuposto legal de que a legitimidade do contrato esteja submetida à prestação de consentimento expreso, autónomo e antecipado das partes, o que contribui para se garantir a autonomia e voluntariedade da gestante no momento em que decide ser parte em um procedimento que envolve uma série de cedências.

Assim sendo, defender que nos contratos de gestação de substituição inevitavelmente a mulher vê-se reduzida a uma mera incubadora em favor dos beneficiários, é negar o seu papel como sujeito livre e autodeterminado que tem plena

capacidade de fazer escolhas, como é a escolha voluntária e beneficente de auxiliar um casal a concretizar o seu desejo pelo exercício da parentalidade.

Desta forma, no mesmo sentido defendido no Acórdão n.º 225/2018, do Tribunal Constitucional, entendemos que o contrato de gestação de substituição em si não viola os preceitos estabelecidos na Constituição, nomeadamente não viola a dignidade humana da mulher gestante, uma vez que tem por base o livre desenvolvimento da sua personalidade enquanto ser autónomo e capaz.

Entretanto, determinados dispositivos da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, não preveem de forma minimamente suficiente e adequada a proteção dos direitos da gestante no decorrer do procedimento, nomeadamente tendo em consideração que o legislador estabeleceu apenas vagamente os termos desse contrato, não dando as devidas indicações dos limites positivos e negativos a serem observados pelas partes, tendo se limitado a prever a existência necessária de disposições sobre certas matérias, o que coloca em risco o efetivo exercício da autonomia das partes e a consequente garantia do livre desenvolvimento das suas personalidades.

Acresce ainda que, somos por concordar com o Tribunal Constitucional quando no seu Acórdão n.º 225/2018 considera que a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA restringe de forma desproporcional o direito ao desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana da gestante.

Afinal, se o que legitima a intervenção da gestante na gestação de substituição é a afirmação livre e responsável da sua personalidade, isso tem de lhe ser garantido ao longo de todo o processo de gestação de substituição¹²⁶. Pelo que, no entendimento do Tribunal Constitucional, tem de ser assegurada à gestante a possibilidade de revogar o seu consentimento em qualquer uma das fases do procedimento, caso em virtude de vicissitudes ocorridas durante a gestação ou o parto, a sua vontade já não seja compatível com a continuação do estabelecido inicialmente no contrato de gestação de substituição¹²⁷.

¹²⁶ Celebração do contrato, aplicação das técnicas de PMA, gravidez, parto e entrega da criança aos beneficiários.

¹²⁷ “Neste caso, está em causa a defesa dos interesses dos beneficiários perante uma eventual «mudança de ideias» ou o «arrependimento» da gestante, que se traduz na vontade de a mesma se afastar do projeto parental daqueles e no qual se dispusera a participar.” Cfr. Acórdão Tribunal Constitucional n.º

É evidente que a necessidade de se acautelar que o consentimento da gestante prestado na fase inicial do procedimento continue a ser voluntário em todas as fases seguintes, também deverá ter por consideração os interesses dos beneficiários e o consentimento que eles prestaram, nomeadamente verificar quais serão os mecanismos de garantia dos seus direitos de constituir família e também assim desenvolverem a sua personalidade, caso a gestante revogue seu consentimento e o contrato deixe de produzir os seus efeitos.

Nessa sequência, quando pensamos a possibilidade de revogação do contrato de gestação de substituição, para além da gestante e dos beneficiários, temos também de analisar uma terceira parte envolvida na questão: a criança a nascer.

Em que medida ficaria garantido o superior interesse da criança diante do conflito de interesses que se cria face à revogação de consentimento por uma das partes do contrato?

Ou, por outro lado, quando, nos termos da Lei de PMA, uma vez decretado nulo o contrato os seus efeitos são eliminados do ordenamento, pelo que a regra de filiação especial estabelecida na Lei de PMA deixa de ser aplicável, decorrendo que a criança nascida de um contrato de gestação de substituição passa a ser filha da gestante, em decorrência da filiação resultar do nascimento, nos termos do art. 1796.º, n.º 1 do Código Civil.

Ora, tendo em consideração que a filiação é um dos elementos essenciais à identidade pessoal de cada indivíduo, o regime de nulidade estabelecido na Lei de PMA acaba por ser demasiado rígido face às várias situações possíveis que envolvem um contrato de gestação de substituição, principalmente, quando a nulidade se verifica depois deste contrato já ter sido integralmente executado, de modo que pode não vir a assegurar o superior interesse da criança nascida.

Portanto, tendo em vista os limites ao direito de constituir família face aos outros interesses e direitos em questão, é importante verificar em que medida as alterações legislativas buscaram assegurar a proteção da dignidade e do livre desenvolvimento pessoal da criança nascida das técnicas de PMA.

225/2018, Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, p. 1923. Texto disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized> [20.07.2018].

Segundo o CNECV no seu parecer 87/CNECV/2016, a utilização das técnicas de PMA deve estar subordinada ao primado do ser humano, pelo que, deve-se assim valorizar a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é o mais carecido de proteção.

Como visto, quanto às alterações legislativas à lei n.º 32/2006, de 26 de julho, os principais questionamentos quanto à proteção do superior interesse da criança, referem-se ao fato de que, à ampliação do rol de beneficiárias e à regulamentação da gestação de substituição, não houve a correspondente e necessária garantia dos direitos da criança que vier a nascer, nomeadamente no que se refere à regra de anonimato dos dadores.

Nesse sentido, questionou-se se a regra de anonimato dos dadores e também agora da gestante de substituição prevista na Lei de PMA não violaria o direito à identidade pessoal, à dignidade pessoal e à identidade genética da criança nascida das técnicas – na medida em que esses direitos são essenciais à construção da sua identidade como ser humano –, em benefício da proteção do direito a constituir família e do direito à intimidade da vida privada e familiar.

Como visto, no entender de parte da doutrina, bem como no do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 225/2018, esta regra de anonimato, mesmo não sendo absoluta, viola o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade da criança, uma vez que as crianças ficam sem direito a saber quem são os seus progenitores biológicos, mesmo que não haja qualquer relação de afetividade entre a criança nascida e o(s) dador(es).

Entretanto, salvo melhor entendimento, a nosso ver, a Lei de PMA ao permitir às pessoas nascidas das técnicas de PMA o direito às informações de natureza genética que lhes digam respeito, embora excluindo a identificação do dador, não deixa de lhes garantir o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das crianças nascidas das técnicas de PMA, garantindo-se concomitantemente o respeito pela sua vida privada e familiar.

Bem como, quando consideramos que nas novas famílias oriundas da utilização das técnicas de PMA, nomeadamente aquelas em que se recorreu à procriação heteróloga, vemos uma equiparação entre os vínculos sociais e os biológicos, temos que a garantia do direito à identidade pessoal da criança nascida poderia considerar-se efetivada mediante o conhecimento da identidade pessoal daqueles que em termos da lei

são seus progenitores e o conhecimento da identidade genética daqueles que contribuíram para o seu nascimento.

Portanto, como aqui fica evidente os direitos reprodutivos são um tema de significativa complexidade, uma vez que envolvem valores éticos e jurídicos caros para a sociedade, bem como ainda têm por base muitas construções sociais que dividem hierarquicamente os papéis de homens e mulheres na sociedade, o que consequentemente afeta o respetivo reconhecimento igualitário dos seus direitos.

Acresce ainda o fato de que os referidos direitos relacionados às atuais tecnologias de PMA trazem à questão do direito a constituir família e ter filhos uma maior necessidade de se verificar também a proteção jurídica de outros interesses em jogo.

Assim sendo, quando nos propormos a analisar a promoção de uma maior igualdade para aquelas mulheres que pretendem ser beneficiárias das técnicas de PMA temos necessariamente de verificar as questões limitadoras e outros direitos em oposição dos outros sujeitos de direito que estão envolvidos na utilização das técnicas de PMA e na gestação de substituição: as pessoas beneficiárias, os dadores, as gestantes de substituição e as crianças nascidas dessas técnicas.

Nesse sentido, as alterações legislativas ocorridas à Lei de PMA em 2016 atendem a todo o arcabouço institucional de proteção internacional dos direitos reprodutivos e foram importantes para promover maior igualdade de género quando consideramos a ampliação do rol de beneficiárias das técnicas de PMA a fim de que todas as mulheres, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade possam concretizar o seu direito a constituir família e desenvolver a sua personalidade de acordo com as suas convicções.

Afinal, quando mulheres solteiras ou homossexuais passam a poder exercer a maternidade, o que em meios naturais não poderia ocorrer, temos um empoderamento das mulheres que durante muito tempo na história e na ciência tiveram seus direitos e sua saúde negligenciados perante outros interesses; temos as mulheres assumindo um maior controle sobre seus corpos e, assim, sobre seus destinos; temos novas estruturas familiares que já fazem parte do nosso cotidiano, como as famílias monoparentais e

famílias de casais homossexuais com crianças adotadas, ganhando um impulso da ciência para se tornarem realidade¹²⁸.

No entanto, como vimos aqui, a essa maior promoção dos direitos reprodutivos das mulheres, as alterações à Lei de PMA não garantiram devidamente uma série de outros interesses e direitos que também necessitam de proteção.

A proteção dos direitos reprodutivos das mulheres está sempre a enfrentar novos desafios, pelo que é necessário ter em conta os diferentes interesses envolvidos na aplicação das técnicas de PMA, pois há de se considerar que uma maior garantia dos direitos reprodutivos das mulheres com a ampliação do seu acesso às técnicas de PMA consequentemente envolve a contraposição de limites necessários ao seu exercício igualitário e promovedor de dignidade para todas as partes.

Acresce ainda que, especificamente quando falamos do contrato de gestação de substituição, é importante analisar a relação humana que se estabelece no decorrer de uma gravidez para assim promover uma efetiva proteção das partes.

É que, apesar de se entender que a gestação de substituição permite a uma mulher ter um filho que não poderia ter pelo seu próprio corpo, garantindo-lhe uma maior proteção dos seus direitos reprodutivos, não podemos perder de vista a proteção dos direitos da mulher gestante de substituição que também tem de ter garantido o seu direito a uma autonomia reprodutiva livre de coerção ou restrições.

Torna-se, portanto, premente promover um debate mais aprofundado acerca da Lei de PMA na sua forma atual, nomeadamente tendo em consideração os dispositivos legais que foram considerados inconstitucionais pelo Acórdão n.º 225/2018, a fim de definirem novas propostas legislativas que atendam aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e aos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética de forma a promover os direitos das mulheres em conjunto com o direito das outras partes envolvidas nos

¹²⁸ SCHIOCCHET, Taysa, e CARLOS, Paula Pinhal de, *A necessária interface entre gênero, bioética e direitos humanos: o emponderamento das mulheres frente às novas biotecnologias*, 2006, texto disponível em https://www.academia.edu/11466401/A_necess%C3%A1ria_interface_entre_g%C3%AAnero_bio%C3%A9tica_e_direitos_humanos_o_emponderamento_das_mulheres_frente_%C3%A0s_novas_biotecnologias?auto=download [14.12.2017].

procedimentos de PMA, bem como para se equilibrar de forma ética os interesses da Ciência e as necessidades e direitos dos indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Maria Luzia Miranda, “Mulheres e participação política”, s/d, texto disponível em <http://www.ufpa.br/ifch/administrator/mulheresepolitica.pdf> [12.12.2017].

ALVES, José Augusto Lindgren, “Direitos humanos: o significado político da conferência de Viena”, in *Lua Nova (São Paulo)*, n. 32, 1994, p. 170-180, texto disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100009&lng=en&nrm=iso [10.06.2017].

ALVES, José Eustáquio Diniz, *As Políticas Populacionais e os Direitos Reprodutivos: “O Choque de Civilizações” versus Progressos Civilizatórios*, [s.d.], texto disponível em <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/outraspub/cario10/cairo10alves21a48.pdf> [04.02.2017].

ALVES, José Eustáquio Diniz, “População, desenvolvimento e sustentabilidade: perspectivas para a CIPD pós-2014”, *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 31, n.º 1, 2014, pp. 219-230, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v31n1/13.pdf> [03.02.2017].

ALVES, Sandrina Maria Araújo, e OLIVEIRA, Clara Costa, “Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas”, *Revista bioética*, vol. 22, n.º 1, 2014, pp. 66-75, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a08v22n1.pdf> [03.01.2017].

ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, 2007, pp. 977-1006.

BARSTED, Leila Linhares, e GARCEZ Elizabeth, “A legislação civil sobre família no Brasil”, in Leila Linhares Barsted e Jacqueline Hermann (ed.), *As mulheres e os direitos civis*, Rio de Janeiro, 1999, pp. 9-26, texto disponível em

http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/direitoscivis/mulheres_direitos_civis.pdf
[13.09.2018].

BESSA, Marta Raquel Ribeiro, *A densificação dos princípios da bioética em Portugal. Estudo de caso: a atuação do CNECV*, Porto, 2013, texto disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/71440> [03.01.2017].

BORIS, Georges Daniel Janja Bloc, e CESÍDIO, Mirella de Holanda, “Mulher, corpo e subjetividade: uma análise desde o patriarcado à contemporaneidade”, *Revista Mal-estar e Subjetividade*, Vol. VII, n.º 2, 2007, pp. 451-478, texto disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/malestar/v7n2/12.pdf> [25.07.2017].

CABRAL, Juçara Teresinha, “Constituição histórica da sexualidade humana na tradição ocidental: uma contribuição para a educação-sexual”, Tese de mestrado apresentada ao Centro de Ciências da Educação da Universidade Federal de Santa Catarina, 1994, texto disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/76082> [12.09.2018].

CAETANO, André Junqueira, ALVES, José Eustáquio Diniz e CORRÊA, Sônia (orgs.). *Dez anos do Cairo: tendências da fecundidade e direitos reprodutivos no Brasil*, Campinas, Associação Brasileira de Estudos Populacionais - ABEP, 2004.

CAMPOS, Diogo leite de, *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onipotência do sujeito*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. III, 2006, texto disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54130 [28.07.2017].

CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO, Carla Luísa Monteiro, “Procriação Medicamente assistida: limites e desafios ao regime jurídico dos beneficiários”, Dissertação de mestrado em direito das Crianças, Família e Sucessões da UMinho, 2017, texto disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/51965> [12.07.2018].

COOK, Rebecca J., *Women's Health and Human Rights - The Promotion and Protection of Women's Health through International Human Rights law*, World Health Organization Geneva, 1994.

CORRÊA, Sônia, JANUZZI, Paulo de Martino, e ALVES, José Eustáquio Diniz, *Direitos e saúde sexual e reprodutiva: Marco teórico-conceitual e sistema de indicadores*, Rio de Janeiro, 2003, texto disponível em [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dir_Sau_Rep%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dir_Sau_Rep%20(2).pdf) [04.01.2017].

CRORIE, Benedita Mac, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, Almedina, 2013.

DINIZ, Débora, “Bioética e Gênero”, in *Revista Bioética*, vol. 16, n.º2, 2008, pp. 207-216, texto disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/68/71 [15.12.2016].

DINIZ, Débora, e GUILHEM, Dirce, “Bioética feminista na América Latina: a contribuição das mulheres”, in *Revista Estudos Feministas*, vol. 16, n.º2, 2008, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/15.pdf> [15.12.2016].

DORA, Denise Dourado, SILVEIRA, Domingos Dresch da (orgs.), *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*, Porto Alegre, Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1998.

GIFFIN, Karen, e COSTA, Sarah Hawker (org.). *Questões da saúde reprodutiva*, Rio de Janeiro, Editora FIOCRUZ, 1999, texto disponível em <http://books.scielo.org/id/t4s9t> [07.01.2017].

GUIMARÃES, Maria Raquel, “ ‘Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamentosa Assistida*, 2017, pp. 107-126.

HASLEGRAVE, Marianne, “Sexual and reproductive health and rights in the sustainable development goals and the post-2015 development agenda: less than a year to go”, in *Reproductive Health Matters*, vol. 22, n.º 44, 2014, pp. 102-108, texto disponível em [http://www.rhm-elsevier.com/article/S0968-8080\(14\)44812-2/pdf](http://www.rhm-elsevier.com/article/S0968-8080(14)44812-2/pdf) [17.01.2017].

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins, *Os direitos reprodutivos das mulheres e a comissão interamericana de direitos humanos: uma análise dos casos admitidos entre 2000 e 2013*, texto disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34044.pdf> [04.01.2017].

LOUREIRO, João, “Há mais vida para além da letra: a questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei de procriação medicamente assistida”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 11, 2010, pp. 273-293.

MATTAR, Laura Davis, e DINIZ, Carmen Simone Grilo, “Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres”, in *Interface - Comunicação, Saúde, Educação (Botucatu)*, v. 16, n. 40, 2012, pp. 107-120, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop0212.pdf> [13.02.2018].

MATTAR, Laura Davis, *Os direitos reprodutivos das mulheres*, [s.d.], texto disponível em http://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1160/YY2013MM6DD4HH10MM35SS5-Mattar_Direitos%20reprodutivos%20das%20mulheres.pdf [03.01.2017].

MATTAR, Laura Davis, “Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – Uma análise comparativa com os direitos reprodutivos”, *SUR – Revista Internacional de direitos humanos*, ano 5, n.º 8, 2008, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a04.pdf> [03.01.2017].

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição revista, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

MOREIRA, Vital, e GOMES, Carla de Marcelino (coords.), *Compreender os direitos humanos – Manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 2013, texto disponível em <http://igc.fd.uc.pt/manual/capitulos.html> [05.02.2018].

MOTTA, Kátia Borges, *Direitos reprodutivos, direitos humanos e bioética: repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino*, 2007, texto disponível em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2399> [03.01.2017].

NAZARETH, J. Manuel, *Análise crítica do Plano de Ação Mundial sobre a População*, 1975, texto disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223913202W2mPX4gx0Lz97GC5.pdf> [17.01.2017].

NETO Luísa, e PEDRO Rute Teixeira (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, 2017.

NYRÖVAARA, Eeva, *The Feminist Transformation of Bioethics: An Analysis of Theoretical Perspectives and Practical Applications in Feminist Bioethics*, Helsinki, 2011, texto disponível em <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/24765/thesemin.pdf?...1> [15.12.2016].

OLIVEIRA, Fátima, “Biotecnologias de procriação e bioética”, *Cadernos Pagu*, n.º 10, 1998, pp.53-81, disponível em <http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/2188> [03.01.2017].

OTERO, Paulo, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, in *Direito & Política*, n.º 1, 2012, pp. 82-91.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Filhos de Pai Anónimo no Século XXI!”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, pp.41-54.

RAPOSO, Vera Lúcia, e PEREIRA, André Dias, “Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, in *Lex Medicinæ*, n.º 6, 2006, pp. 89-104.

RAPOSO, Vera Lúcia, "Em nome do Pai(... Da Mãe, dos dois Pais, das duas Mães) – Análise do art. 6º da Lei n. 32/2006", in *Lex Medicinæ*, n.º 7, 2007, pp. 37-51.

RAPOSO, Vera Lúcia, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas: direito contratual e contratos de gestação”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, pp. 169-188.

REIS, Rafael Vale e, “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”, in *Lex Medicinæ*, n.º13, 2010, pp. 69-93.

REIS, Rafael Vale e, “Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida?”, in João Loureiro, André Dias Pereira, Carla Barbosa (coord.), *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. IV – *Genética e Procriação Médica Assistida*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, pp. 159-176.

REUSCH, Patrícia Thomas, e DIEHL, Rodrigo Cristiano, *Questões contemporâneas de gênero e controle feminino sobre o corpo: uma análise sobre as novas tecnologias reprodutivas*, 2016, texto disponível em <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15871> [04.01.2017].

RIOS, Roger Raupp, “Para um direito democrático da sexualidade”, *Horizontes Antropológicos*, ano 12, n.º 26, 2006, pp. 71-100, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a04v1226> [22.07.2017]

RUBIN, Gayle, “The Traffic in Women: Notes on the ‘Political Economy’ of Sex”, in Rayna R. Reiter (ed.), *Toward an Anthropology of Women*, New York, Monthly Review Press, 1975, pp. 157-210, texto disponível em <https://philpapers.org/archive/RUBTTI.pdf> [12.09.2018].

SANTOS, Agostinho de Almeida, RENAUD, Michel, CABRAL, Rita Amaral, *Relatório procriação medicamente assistida*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2004, texto disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf [17.01.2017].

SCHIOCCHET, Taysa, e CARLOS, Paula Pinhal de, *A necessária interface entre gênero, bioética e direitos humanos: o emponderamento das mulheres frente às novas biotecnologias*, 2006, texto disponível em https://www.academia.edu/11466401/A_necess%C3%A1ria_interface_entre_g%C3%A1nero_bio%C3%A9tica_e_direitos_humanos_o_empoderamento_das_mulheres_frente_%C3%A0s_novas_biotecnologias?auto=download [14.12.2016].

SILVA, Jaylla Maruza Rodrigues de Souza e, *Reprodução Assistida entre mulheres homossexuais*, Salvador, 2011, texto disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9301/1/JAYLLA%20MARUZA%20RODRIGUES%20DE%20SOUZA%20E%20SILVA.pdf> [07.01.2017].

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, “Diversidade de gênero – mulheres”, s/d, texto disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/03/03_rosa1_diversidade_genero.pdf [20.04.2018].

VALDEBENITO, Carolina, LAMA, Alexis, e LOLAS, Fernando, “Relación mujer y biotecnología: aproximación al impacto de la bioética”, in *Acta Bioética*, Ano XII, 2006, texto disponível em <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v12n2/art02.pdf> [07.01.2017].

VARGAS, Regina Beatriz de Andrade, “A construção das políticas de saúde sexual e reprodutiva no Brasil”, Trabalho de conclusão do curso de graduação em administração apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, texto disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17986/000652909.pdf?sequence=1> [10.08.2018].

VIEIRA, Fernanda Bittencourt, *As tecnologias de reprodução: discursos sobre Maternidade e paternidade no campo da reprodução assistida no Brasil*, Brasília, 2008, texto disponível em <http://www.scielo.br/pdf/se/v23n3/a14v23n3.pdf> [17.01.2017].

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro, *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher – Pequim*, 1995, texto disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf [17.01.2017].