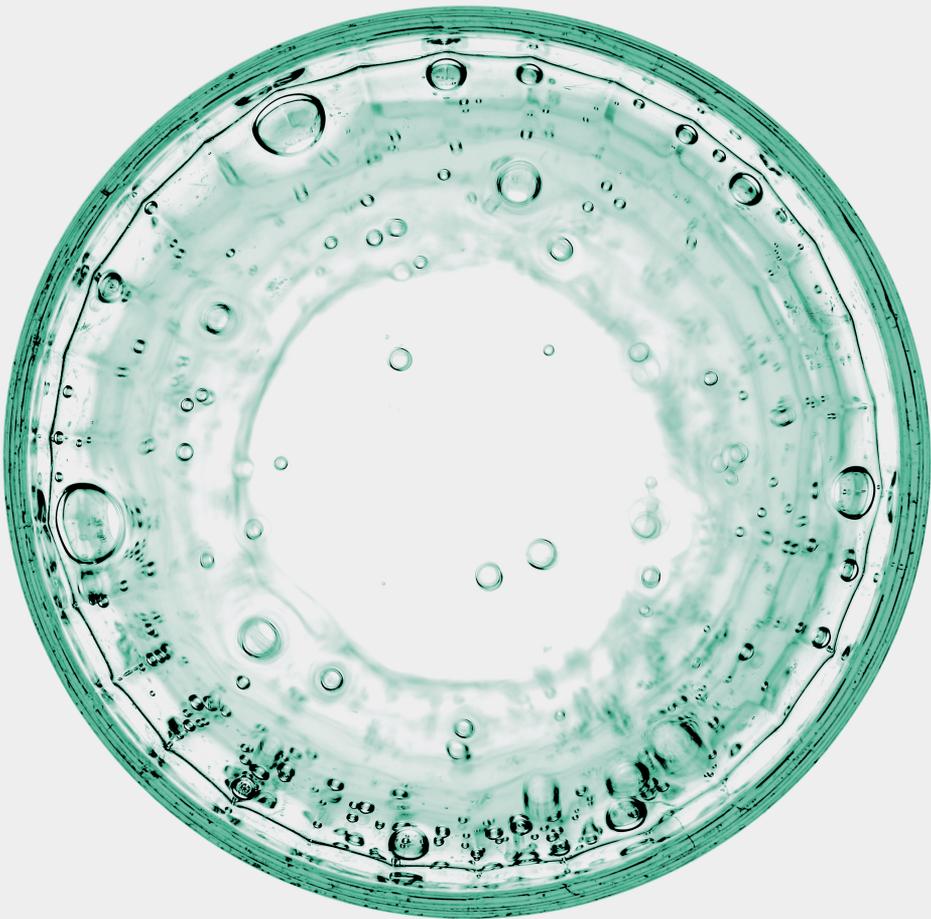


TEMAS DE DIREITO E BIOÉTICA VOL. 1

Novas questões do Direito da Saúde



DH-CII - Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar
JUSGOV - Centro de Investigação em Justiça e Governação

TEMAS DE DIREITO E BIOÉTICA VOL. 1

Novas questões do Direito da Saúde

FICHA TÉCNICA

Título: Temas de Direito e Bioética – Vol. I
Novas questões do Direito da Saúde

Data: Dezembro de 2018

Coordenação Científica: Benedita Mac Crorie | Miriam Rocha | Sónia Moreira

Autores: Anabela Susana de Sousa Gonçalves | Benedita Mac Crorie | Cristina Dias
Diana Coutinho | M^a Olaya Godoy | Margarida Santos | Maria João Vasconcelos
Maria Raquel Guimarães | Miriam Rocha | Roberto Andorno | Rute Teixeira Pedro | Sónia Moreira

Edição: DH-CII – Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar
JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação (www.jusgov.uminho.pt)
Escola de Direito da Universidade do Minho (www.direito.uminho.pt)

Apoio: FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia

Design da capa: Pedro Rito

Foto da capa: Karim Ghantous | Unsplash

Revisão e composição: Ana Rita Silva

ISBN digital: 978-989-54032-6-4

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou qualquer outro processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Índice

Prefácio	5
O reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro em resultado de uma gestação de substituição <i>Anabela Susana de Sousa Gonçalves</i>	7
Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a Procriação Medicamente Assistida: análise do Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional <i>Benedita Mac Crorie</i>	33
Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida – algumas reflexões <i>Cristina Dias</i>	45
Tecnologia e reprodução humana: a fertilização <i>in vitro</i> trigamética (Entre o milagre da reprodução e os perigos da desumanização) <i>Diana Coutinho</i>	63
La eutanasia: valoración de su encaje constitucional y análisis crítico de su propuesta de regulación en España <i>M^a Olaya Godoy</i>	93
Algumas questões e perspetivas em torno da eutanásia <i>Maria João Vasconcelos Margarida Santos</i>	125
O regime do contrato de gestação de substituição no direito português à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 <i>Maria Raquel Guimarães</i>	135
A relevância de um estatuto jurídico para os cuidadores informais <i>Miriam Rocha</i>	161

Dignidad humana, derecho y bioética	
<i>Roberto Andorno</i>	185
O estabelecimento da filiação de criança nascida com recurso a contratos de gestação de substituição – reflexões à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril	
<i>Rute Teixeira Pedro</i>	197
A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado	
<i>Sónia Moreira</i>	227

Prefácio

A presente obra nasce da vontade de divulgar os resultados de investigação dos participantes/oradores que, generosamente, contribuíram para o sucesso da I Conferência Internacional de Direito e Bioética, organizada pelo JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação (através dos Grupos de Investigação E-TEC e DH) e pela Escola de Direito da Universidade do Minho, sob o tema *Novas Questões do Direito da Saúde*, no dia 23 de novembro de 2018.

De facto, cedo nos apercebemos que seria importante proporcionar à academia e à sociedade a oportunidade de conhecer, de modo mais aprofundado, o pensamento destes autores, a quem publicamente agradecemos a generosidade de, ampliando e aprofundando os temas tratados na I Conferência Internacional de Direito e Bioética, se terem disposto a contribuir para a presente obra.

Assim, realiza-se também o compromisso institucional que a Escola de Direito e o JusGov assumiram e assumem diariamente, de partilha do conhecimento e da ciência jurídica com a comunidade em geral e com a comunidade jurídica em particular. Por isso, e de forma a garantir o acesso de todos aqueles que tenham interesse na consulta destas páginas, este *e-book* estará disponível no *site* do JusGov.

Com a esperança que este projeto venha a ter continuidade e que seja útil, desejamos a todos boas leituras!

*Benedita Mac Crorie
Miriam Rocha
Sónia Moreira*

O reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro em resultado de uma gestação de substituição

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

*Prof.ª Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

Resumo: Este estudo faz uma breve resenha comparativa da gestação de substituição em vários ordenamentos jurídicos, incluindo o português, exercício que auxilia a identificação dos problemas que a gestação de substituição coloca em relação ao Direito Internacional Privado na ordem jurídica portuguesa. As questões de Direito Internacional Privado elencadas são vastas e complexas e variam entre situações de reconhecimento de direitos constituídos no estrangeiro e problemas de conflitos de leis. Pela complexidade e vastidão das questões descritas, centrar-nos-emos apenas no reconhecimento dos efeitos legais resultantes da gestação de substituição que decorreu no estrangeiro, especificamente, o reconhecimento de direitos de filiação constituídos no estrangeiro. Para este efeito, será analisada jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre esta questão.

Palavras-chave: Gestação de substituição; reconhecimento de direitos; parentalidade; direitos de filiação; Direito Internacional Privado.

1. A gestação de substituição no direito comparado

A gestação de substituição pode ser apresentada como a situação em que uma mulher (a gestante) se obriga a levar a cargo uma gravidez, com o objetivo de entregar a criança após o parto a outrem, renunciando aos deveres e direitos legais resultantes da maternidade. A gestação de substituição¹ pode consistir numa substituição genética ou numa substituição gestacional. No primeiro caso, apelidado em outros ordenamentos jurídicos de *full surrogacy* ou *traditional surrogacy*, a gestante doa o óvulo utilizado para formar o embrião, sendo progenitora genética da criança. Na substituição gestacional, o material genético é integralmente fornecido

¹ Utilizamos a designação “gestação de substituição” em lugar do termo “maternidade de substituição”, seguindo a atual designação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto (Lei da Procriação Medicamente Assistida).

por terceiros, com recurso aos gâmetas dos beneficiários e/ou aos gâmetas de terceiros dadores, sendo o embrião posteriormente implantado no útero da gestante, que apenas desenvolverá a gestação do embrião já formado.

No âmbito do direito comparado, temos ordenamentos que regulam a gestação de substituição, outros que, não a regulando, aceitam a figura e existe ainda um terceiro conjunto de países que proíbem de todo o recurso a esta figura que envolve o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida². Dentro dos ordenamentos jurídicos que regulam a figura da gestação de substituição, podemos agrupá-los em dois modelos diferentes: há países que seguem o modelo da transferência legal da parentalidade; outros seguem o modelo da transferência judicial da parentalidade.

Os países que aceitam a gestação de substituição seguindo o modelo da transferência legal da parentalidade fizeram uma opção facilitadora, uma vez que a transferência da parentalidade entre a gestante e os beneficiários verifica-se direta e imediatamente, em resultado da lei, após o parto. Um dos exemplos mais conhecidos é a Rússia, que permite contratos onerosos de gestação, exigindo que a criança seja gerada com o recurso aos gâmetas de pelo menos um dos membros do casal beneficiário, estando este expediente ao dispor de casais heterossexuais (unidos pelo casamento ou em união de facto) e a mulheres solteiras³. Além disso, a gestante não pode ser a dadora dos ovócitos e, por isso, não deve existir ligação genética entre a gestante e a criança; a lei russa reconhece um direito de arrependimento da gestante, optando por um modelo condicionado de transferência legal da parentalidade, pois é necessário um consentimento após o parto da gestante⁴. Assim é porque o Direito russo consagra o princípio *mater semper certa est*, sendo por isso necessário o consentimento expresso, por escrito, da gestante, após o parto, renunciando ao seu direito a ser mãe, confirmado por atestado médico da clínica onde o procedimento foi efetuado, o que permitirá fazer o registo da criança como filha dos beneficiários⁵. Será a inscrição da criança como filha dos beneficiários no registo civil

² Neste sentido, LAURENCE BRUNET, KONSTANTINA DAVAKI, JULIE MCCANDLESS e ELISA NARMINIO, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, Executive Summary*, Directorate General for Internal Policies, European Parliament, European Union, 2012, p. 3.

³ LAURENCE BRUNET, JANEEN CARRUTHERS, KONSTANTINA DAVAKI, DEREK KING, CLAIRE MARZO e JULIE MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Union, 2013, pp. 333-338.

⁴ *Idem, ibidem*, p. 334.

⁵ *Idem, ibidem*, pp. 334-335.

russo que opera a transferência da parentalidade da gestante para os beneficiários⁶. Apesar de este ser um modelo condicionado de transferência legal da parentalidade, do consentimento da gestante, há muitos exemplos na jurisprudência europeia de casais que recorreram a procedimentos de gestação de substituição na Rússia.

Um exemplo de um modelo puro de transferência legal de parentalidade é a Ucrânia, que permite o recurso a um contrato oneroso de gestação de substituição, a casais heterossexuais, havendo transferência automática da parentalidade da criança para o casal beneficiário após o parto quando o óvulo é concebido com material genético dos beneficiários⁷. Ou seja, a criança é automaticamente considerada como filha dos beneficiários em resultado do parto, não existindo exigência de procedimento judicial para esse fim.

A Grécia é outro exemplo de um modelo puro de transferência legal de parentalidade, que permite o acesso à gestação de substituição a casais heterossexuais e a mulheres solteiras, quando a beneficiária não pode ter filhos, exigindo-se o recurso aos gâmetas de pelo menos um dos membros do casal beneficiário⁸. Não é admissível que a criança seja gerada com o recurso a gâmetas da gestante, ou seja, não é admissível a substituição genética, apenas a substituição gestacional. Ao contrário dos dois exemplos anteriores, a ordem jurídica grega proíbe os contratos onerosos e só permite o acesso à gestação de substituição a beneficiários com nacionalidade grega ou residentes na Grécia⁹. O objetivo é evitar que a Grécia se torne um destino de turismo reprodutivo, realidade também designada por turismo de fertilidade ou procriativo. Outra característica do regime grego que nos parece interessante, no sentido de garante das condições de legalidade do contrato, é a intervenção prévia obrigatória de uma entidade judiciária, sendo necessária esta aprovação judicial do contrato de gestação para que a clínica de reprodução inicie o procedimento¹⁰. A aprovação judicial é ainda necessária para que os beneficiários consigam registar a criança como filha¹¹ e a sua falta faz funcionar a regra geral da *mater semper certa est*, sendo a maternidade atribuída à gestante¹². Cum-

⁶ *Idem, ibidem*, p. 337.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 10, e art. 123.º, n.º 2, do Código da Família ucraniano.

⁸ LAURENCE BRUNET, JANEEN CARRUTHERS, KONSTANTINA DAVAKI, DEREK KING, CLAIRE MARZO e JULIE MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy...*, cit., pp. 281-283.

⁹ *Idem, ibidem*, pp. 15-16.

¹⁰ *Idem, ibidem*, pp. 283-285.

¹¹ Nesse sentido, *Idem, ibidem*, pp. 283-287, e ARISTIDES N. HATZIS, *The regulation of surrogate motherhood in Greece*, 2010, pp. 4 e 6, disponível em: <http://users.uoa.gr/~ahatzis/Surrogacy.pdf>, em 11.11.2018.

¹² Assim, LAURENCE BRUNET, JANEEN CARRUTHERS, KONSTANTINA DAVAKI, DEREK KING, CLAIRE MARZO e JULIE MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy...*, cit., pp. 290-291.

pridos os requisitos legais, a transferência da parentalidade dá-se entre a gestante e os beneficiários por via legal após o parto, não sendo necessária intervenção judicial, passando os beneficiários a ser os pais da criança, como exceção à regra *mater semper certa est*¹³.

Além dos enunciados, outros países seguem o modelo da transferência legal da parentalidade, nomeadamente, África do Sul¹⁴, Índia¹⁵ e alguns Estados norte-americanos, como Dakota do Norte, Delaware, Illinois, Maine, Nevada, Novo Hampshire, Virgínia e Washington¹⁶.

Um exemplo paradigmático dos países que adotam o modelo da transferência judicial da parentalidade é o Reino Unido, que regulamenta a gestação de substituição no *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, a primeira legislação europeia neste domínio, e no *Human Fertilization and Embriology Act* de 2008. Neste ordenamento jurídico, são proibidos contratos onerosos de gestação, sendo este contrato gratuito¹⁷. Só podem beneficiar da gestação de substituição casais heterossexuais ou homossexuais (quer em resultado do casamento, da união civil ou da união de facto), devendo existir o recurso aos gâmetas de pelo menos um dos membros do casal beneficiário e sendo proibida a substituição genética¹⁸. Além disso, exige-se o consentimento da gestante e do seu cônjuge, sendo que a gestante só pode consentir validamente seis semanas após o parto, e a entrega da criança aos beneficiários¹⁹. No modelo do Reino Unido, a gestante é considerada a mãe após o parto, mas os beneficiários podem requerer junto do tribunal uma *parental order*, de maneira a que se verifique a transferência da parentalidade da criança da gestante para o casal beneficiário²⁰.

O modelo da transferência judicial da parentalidade é ainda praticado em alguns Estados norte-americanos, como Alabama, Califórnia, Flórida, Texas e Utah²¹.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 291.

¹⁴ *Idem, ibidem*, pp. 339-350.

¹⁵ *Idem, ibidem*, pp. 32, 34 e 61.

¹⁶ ALEX FINKELSTEIN, SARAH MAC DOUGALL, ANGELA KINTOMINAS e ANYA OLSEN, «Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking», *Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic*, May 2016, pp. 55-83.

¹⁷ AMEL ALGHRANI e DANIELLE GRIFFITHS, «The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform», *Child and Family Law Quarterly*, Vol 29, No. 2, 2017, pp. 179-180.

¹⁸ *Idem, ibidem*, pp. 171-173, 175-176.

¹⁹ *Idem, ibidem*, pp. 178-179.

²⁰ *Idem, ibidem*, pp. 171-173, e LAURENCE BRUNET, JANEEN CARRUTHERS, KONSTANTINA DAVAKI, DEREK KING, CLAIRE MARZO, JULIE MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy...*, *cit.*, p. 230.

²¹ ALEX FINKELSTEIN, SARAH MAC DOUGALL, ANGELA KINTOMINAS e ANYA OLSEN, «Surrogacy Law and Policy in the U.S...», *cit.*, pp. 55-83.

Há um segundo grupo de países que não regulamenta a gestação de substituição, ou seja, não a permite nem a proíbe, gerando situações de vazio legal. Este é o caso de vários países europeus, como Holanda, Bélgica, Irlanda, República Checa, Hungria, Polónia, Dinamarca, Finlândia, Suécia, Estónia, Letónia, Lituânia, Roménia, Eslováquia, Eslovénia, Luxemburgo e Chipre²². Fora da Europa, podemos apontar como exemplo o Brasil e vários Estados norte-americanos, como Arkansas, Arizona, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Colorado, Connecticut, Dakota do Sul, Geórgia, Havai, Idaho, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Novo México, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pensilvânia, Rhode Island, Tennessee, Vermont, Virgínia Ocidental, Wisconsin e Wyoming, num total de 32 Estados²³. Esta ausência de regulamentação provoca o recurso a soluções não inteiramente adequadas para resolver as consequências da gestação de substituição, nomeadamente, o abandono da criança pela gestante após o parto e o recurso dos beneficiários à adoção para estabelecer a parentalidade da criança.

Há um terceiro grupo de países que proíbe de forma clara a gestação de substituição, estabelecendo sanções civis e penais para quem levar a cabo esta prática. Podemos dar como exemplo Espanha, França, Itália, Alemanha, Áustria, Bulgária e Malta²⁴. Nos Estados-Unidos, há quatro Estados que servem como exemplo desta postura conservadora: Indiana, Michigan, Nova Jérsei e Nova Iorque²⁵. Os nacionais destes países que adotam uma postura restritiva da gestação de substituição, por vezes, viajam para os países que têm uma postura favorável à gestação de substituição, para recorrer à mesma enquanto beneficiários, pretendendo posteriormente reconhecer a parentalidade da criança nos seus países de origem. Ora, este é o fenómeno do turismo reprodutivo, que gera uma relação privada internacional, ou seja, uma relação jurídico-privada que está em contacto com mais do que um ordenamento jurídico.

²² Cfr. LAURENCE BRUNET, JANEEN CARRUTHERS, KONSTANTINA DAVAKI, DEREK KING, CLAIRE MARZO e JULIE MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy...*, cit., pp. 15-16.

²³ ALEX FINKELSTEIN, SARAH MAC DOUGALL, ANGELA KINTOMINAS e ANYA OLSEN, «Surrogacy Law and Policy in the U.S...», cit., pp. 55-83.

²⁴ Cfr. LAURENCE BRUNET, JANEEN CARRUTHERS, KONSTANTINA DAVAKI, DEREK KING, CLAIRE MARZO e JULIE MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy...*, cit., pp. 15-16.

²⁵ ALEX FINKELSTEIN, SARAH MAC DOUGALL, ANGELA KINTOMINAS e ANYA OLSEN, «Surrogacy Law and Policy in the U.S...», cit., pp. 55-83.

2. A gestação de substituição no ordenamento jurídico português

A ordem jurídica portuguesa passou de uma visão restritiva da gestação de substituição para um modelo de transferência legal da parentalidade após o parto entre a gestante e os beneficiários, sem necessidade de intervenção judicial.

Na sua versão originária, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, não permitia o recurso à gestação de substituição, sancionando o art. 8.º, n.º 1, o negócio jurídico, oneroso ou gratuito, celebrado para este efeito com a nulidade, sendo a gestante a mãe da criança. Nos termos do art. 39.º da versão originária do diploma, a gestação de substituição a título oneroso era mesmo alvo de uma censura criminal.

Esta rigidez da lei portuguesa começa a alterar-se com a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, cujo art. 2.º, n.º 2, passa a permitir a aplicação da Lei da Procriação Medicamente Assistida à gestação de substituição, passando a estar prevista no art. 8.º. Além disso, o art. 3.º estabelece em relação às técnicas de procriação medicamente assistida, incluindo as utilizadas na gestação de substituição, o princípio do respeito pela dignidade humana das pessoas envolvidas e o princípio da não discriminação com base no património genético ou pela criança ter nascido em resultado de uma técnica de procriação medicamente assistida. O art. 8.º passa a permitir o recurso à gestação de substituição a título excecional. Olhando para o regime do art. 8.º, agora com a alteração da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, a lei portuguesa passa a permitir o recurso a esta técnica a casais heterossexuais e a casais homossexuais femininos, bem como a mulheres solteiras, em caso de ausência de útero, lesão ou doença que impeça a gravidez da mulher ou em outras situações clínicas que justifiquem (n.º 2), através de um contrato gratuito de gestação de substituição, sendo proibidos os contratos onerosos (n.º 5). É exigido o recurso aos gâmetas de pelo menos um dos membros do casal beneficiário, sendo proibida a substituição genética (n.º 3). É ainda necessária uma aprovação administrativa prévia do contrato de gestação pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (n.º 4), que deve ser reduzido a forma escrita com as menções previstas no n.º 5 do art. 8.º. Os requisitos do consentimento estão previstos no art. 14.º. O não cumprimento do disposto no art. 8.º é sancionado com a nulidade do negócio de gestação de substituição e o legislador manteve a opção de criminalização desta prática nas situações elencadas no art. 39.º.

A criança que nasce em resultado da gestação de substituição é considerada por efeito de lei como filha dos beneficiários (art. 8.º, n.º 7), verificando-se uma exceção ao princípio geral do direito da filiação português *mater semper certa est*.

Pelo Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral: os n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8.º; os n.ºs 2 e 3 da referida norma, relativamente à celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia; o n.º 8 do art. 8.º e o art. 15.º, n.º 5, por não permitir a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; o art. 8.º, n.º 7, que estabelece a transferência legal da parentalidade automaticamente após o parto; o art. 8.º, n.º 12; e o art. 15.º, n.ºs 1 e 4, relativamente à obrigação de sigilo absoluto²⁶.

Independentemente do resultado, do trabalho de revisão do regime jurídico na sequência da intervenção do Tribunal Constitucional, a verdade é que a permissão da gestação de substituição sem as devidas cautelas colocará Portugal na rota do turismo de reprodutivo, existindo inclusive agências internacionais que se dedicam ao comércio de facilitar este tipo de gestação. Consequentemente, casais de nacionalidade e residência estrangeira poderão dirigir-se a Portugal para poder recorrer à gestação de substituição como beneficiários, tendo a gestante nacionalidade portuguesa, residindo em Portugal. Além disso, mulheres de nacionalidade estrangeira podem vir residir para Portugal para ser gestantes de substituição, seja de beneficiários portugueses ou estrangeiros. Em todas as situações descritas, temos situações privadas internacionais, em contacto com mais do que um ordenamento jurídico, que colocam problemas de validade do contrato e estabelecimento da filiação.

3. A gestação de substituição no Direito Internacional Privado

A breve resenha comparativa que fizemos ajudou-nos a identificar problemas que a gestação de substituição coloca em relação ao Direito Internacional Privado à ordem jurídica portuguesa.

Em relação às gestações de substituição que potencialmente venham a ocorrer em Portugal, há questões que dependem das opções do legislador português em resultado do acórdão do Tribunal Constitucional. Em todo o caso, será necessário proceder ao registo obrigatório dos nascimentos verificados em Portugal resultantes de uma gestação de substituição, mesmo que os beneficiários sejam de nacionalidade estrangeira, nos termos do art. 1.º, n.º 2, do Código de Registo Civil. Nestes casos, poderão existir ações de estabelecimento ou impugnação da filiação

²⁶ Para mais pormenores, v. *Diário da República* n.º 87/2018, Série I, de 07.05.2018.

em relação a beneficiários de nacionalidade estrangeira ou residentes no estrangeiro ou em relação à gestante, tenha esta nacionalidade portuguesa ou não. Nestas situações, existindo um elemento de internacionalidade, será necessário determinar a lei aplicável. Por fim, podem ainda colocar-se questões de validade e/ou cumprimento dos contratos de gestação de substituição celebrados.

Em relação às situações de gestação de substituição no estrangeiro, os problemas que se podem colocar são, desde logo, relativos ao reconhecimento dos efeitos legais resultantes da gestação de substituição que decorreu no estrangeiro, nomeadamente, o reconhecimento de direitos de filiação constituídos no estrangeiro. Nestes casos, a gestação de substituição acontece no estrangeiro, assim como o nascimento da criança, sendo que o embrião pode ser concebido com recurso ao material genético dos beneficiários ou de um dos beneficiários (que, como vimos, é a solução frequentemente adotada no direito comparado) ou com recurso ao óvulo da gestante.

Se a gestação de substituição ocorreu num país que segue o modelo da transferência legal da parentalidade, a transferência da parentalidade entre a gestante e os beneficiários verifica-se direta e imediatamente, em resultado da lei, após o parto, de acordo com a lei desse país, sendo a criança inscrita no registo civil desses países como filha dos beneficiários. Neste caso, os beneficiários de nacionalidade portuguesa pretendem a transcrição do ato de registo civil lavrado no estrangeiro, para que exista em Portugal o reconhecimento da qualidade de pais da criança nascida. Como decorre do Código de Registo Civil, o nascimento e a filiação é um ato de registo civil obrigatório em relação a nacionais portugueses e, assim sendo, estes factos só podem ser invocados em Portugal e apenas produzem efeitos após o seu registo (art. 1.º, n.º 1, als. a) e b), e art. 2.º do Código do Registo Civil), devendo ser transcritos para o Registo Civil português os atos de registo lavrados no estrangeiro pelas entidades estrangeiras, nos termos do art. 6.º, n.º 1, do mesmo Código. Se os referidos atos disserem respeito a nacionais estrangeiros, o seu ingresso no registo apenas se verifica se for provado que o requerente tem legítimo interesse na transcrição (art. 6.º, n.º 1, do Código do Registo Civil).

Se a gestação de substituição ocorreu em país que adota o modelo da transferência judicial da parentalidade, a gestante é considerada a mãe após o parto, mas os beneficiários podem requerer junto do tribunal onde decorreu a gestação uma *parental order*, de maneira a que se verifique a transferência da parentalidade da criança da gestante para o casal beneficiário. Neste caso, os beneficiários de nacionalidade portuguesa pretendem o reconhecimento da decisão judicial estrangeira do país de gestação que operou a transferência da parentalidade, para que exista o

reconhecimento da qualidade de pais da criança nascida em Portugal. Ora, o reconhecimento destas decisões estrangeiras seguirá o regime previsto nos arts. 978.º a 985.º do Código de Processo Civil. Após o reconhecimento: dizendo respeito a nacionais portugueses, a decisão do tribunal estrangeiro será diretamente registada por averbamento aos assentos a que se refere (art. 7.º, n.º 1); dizendo respeito a nacionais estrangeiros, a decisão do tribunal estrangeiro será registada por averbamento ou assento, consoante constem ou não do registo civil português os assentos a que deva ser averbada (art. 7.º, n.º 2, do Código de Registo Civil).

A jurisprudência internacional mostra que estas são as situações que mais ocorrem relativamente ao reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro em resultado de uma gestação de substituição. Todavia, podemos identificar outras situações possíveis. Em caso de incumprimento do contrato de gestação de substituição por parte dos beneficiários portugueses, a mãe de substituição pode dirigir-se aos tribunais portugueses, pedindo o cumprimento do contrato, podendo neste caso colocar-se uma questão de validade do contrato e de cumprimento do mesmo, sendo necessário determinar a lei aplicável. Outra situação que pode ocorrer é a gestante tentar impugnar em Portugal a filiação estabelecida a favor dos beneficiários ou o próprio Ministério Público, ao abrigo do art. 1807.º do Código Civil português, sendo também nestes casos necessário determinar a lei aplicável.

As questões de Direito Internacional Privado elencadas são vastas e complexas e variam entre situações de reconhecimento de direitos constituídos no estrangeiro e problemas de conflitos de leis. Pela complexidade e vastidão das questões descritas, centrar-nos-emos apenas no reconhecimento dos efeitos legais resultantes da gestação de substituição que decorreu no estrangeiro, especificamente, o reconhecimento de direitos de filiação constituídos no estrangeiro.

Sobre este tema, existem algumas orientações do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) relativamente ao reconhecimento da gestação de substituição, que passaremos de seguida a analisar.

4. As decisões do TEDH

4.1. *O direito ao respeito pela vida familiar*

As decisões do TEDH relativamente à maternidade de substituição envolveram a aplicação do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) que estabelece o direito ao respeito pela vida familiar. O art. 8.º, n.º 1, da

CEDH consagra o direito ao respeito pela vida familiar, protegendo a família e a salvaguarda dos laços familiares efetivos existentes. Por sua vez, o n.º 2 do art. 8.º proíbe intromissões ilegítimas e arbitrárias por parte dos Estados, obrigando o Estado a respeitar a esfera de autonomia da família. Uma intromissão do Estado na vida familiar estará de acordo com o art. 8.º, desde que, como se pode ler no n.º 2 da referida disposição legal, esteja prevista na lei, prossiga um dos objetivos legítimos previstos nesta norma (a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros) e que seja uma providência necessária numa sociedade democrática para atingir esse fim. Para esse efeito, deve haver uma ponderação dos interesses públicos e privados em questão.

De acordo com TEDH, o art. 8.º protege o indivíduo contra a ação arbitrária das autoridades públicas (resultando da norma uma obrigação negativa), mas também impõe aos Estados obrigações positivas no sentido de estes criarem condições efetivas de respeito pela vida familiar. Em ambos os casos, é reconhecida aos Estados uma margem de apreciação na sua forma de atuação, em que deve ser tomada em consideração a necessidade de equilíbrio entre o interesse do indivíduo e da comunidade²⁷.

De forma breve, interessa-nos determinar o conteúdo do direito ao respeito pela vida familiar para efeitos do art. 8.º da CEDH. Em primeiro lugar, o art. 8.º da CEDH protege as famílias já existentes, estando por isso abarcadas as relações matrimoniais, e entre casados e os seus filhos²⁸, assim como a ligação daqueles que vivem numa relação estável equiparável ao casamento, e entre estes e os seus filhos²⁹. Em segundo lugar, o conceito de família, para efeitos do art. 8.º da CEDH, não exige a coabitação entre os seus membros, que pode não existir devido a circunstâncias como o divórcio ou a separação. Desta forma, considera-se que a relação de parentesco entre um pai e o seu filho é já uma presunção de vida familiar, ainda que estes vivam separados e tenham pouco contacto³⁰. Consequentemente, a vida familiar,

²⁷ TEDH, *Johnston and Others v. Ireland*, App. No. 9697/82, 18.12.1986, § 55; *idem*, *Powell and Rayner v. The United Kingdom*, App. No. 9310/81, 21.02.1990, §41; *idem*, *Keegan v. Ireland*, App. No. 16969/90, 26.05.1994, § 49.

²⁸ TEDH, *Berrehab v. The Netherlands*, App. No. 10730/84, 21.06.1988, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 31.03.2016.

²⁹ TEDH, *Johnston and Others v. Ireland*, *cit.*

³⁰ Sendo assim reconhecidos os laços familiares estabelecidos de forma natural: v. TEDH, *Söderbäck v. Sweden*, App. No 113/1997/897/1109, 28.10.1998.

de acordo com a jurisprudência do TEDH, abrange também as relações entre pais solteiros e os seus filhos³¹. Por fim, de acordo com a jurisprudência do TEDH, as relações familiares envolvem o estabelecimento de vínculos estáveis e duráveis, que não terminam com a separação ou divórcio³².

4.2. O caso *Mennensson contra França* e o caso *Labassee contra França*

O caso *Mennensson contra França*³³ refere-se à recusa do reconhecimento pelas autoridades francesas das relações de parentalidade que tinham sido estabelecidas nos Estados-Unidos de uma criança resultado de uma gestação de substituição relativamente aos beneficiários de nacionalidade francesa. O caso *Labassee contra França*³⁴ é muito similar ao caso anterior e as conclusões são as mesmas. Logo, por uma questão de economia, explicaremos apenas o primeiro.

No caso *Mennensson*, marido e mulher, de nacionalidade francesa e residentes em França, não podendo ter filhos, resolveram recorrer a uma gestação da substituição, com gâmetas do marido e um óvulo de uma doação, sendo o embrião fertilizado implantado no útero de uma gestante de substituição, na Califórnia. O contrato de gestação de substituição foi celebrado de acordo com a lei deste Estado a título gratuito. Após o nascimento da criança, por julgamento de 14.07.2000, o Supremo Tribunal da Califórnia estabeleceu a filiação a favor dos beneficiários de duas crianças nascidas e determinou o registo da filiação a favor dos mesmos.

No início de novembro de 2000, o primeiro pai requereu no Consulado Francês em Los Angeles a transcrição do nascimento no Registo Civil francês e a inscrição das crianças como seus filhos, para que pudessem regressar a França. Após a recusa do consulado francês ao pedido, por suspeitar de gestação de substituição, as autoridades norte-americanas emitiram para os gémeos passaportes americanos, em que os beneficiários constavam como pais dos mesmos, e todos puderam regressar a França.

Todavia, em França as certidões de nascimento dos gémeos foram transcritas nos registos do cartório central de Nantes pelo Consulado da França em Los Angeles. Face a esta situação, o promotor público de *Créteil* resolve requerer o can-

³¹ TEDH, *Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, 13.06.1979.

³² Exceto nas situações de adoção. V. TEDH, *Berrehab v. the Netherlands*, *cit.*, num caso de separação; numa situação de divórcio, v. *idem*, *Hendricks v Netherlands*, 5 EHRR 223 1982.

³³ TEDH, *Affaire Mennesson c. France*, Requête no. 65192/11, Cinquième Section, 26.06.2014.

³⁴ TEDH, *Labassee v. France*, Requête no. 65941/11, 26.06.2014.

celamento da transcrição, considerando que o julgamento do Tribunal da Califórnia não poderia ser reconhecido em França, por a admissão de uma gestação de substituição contrariar a reserva de ordem pública internacional do Estado francês. Ora, isto originou três decisões dos tribunais franceses: do tribunal de grande instância de *Créteil*, em 13.12.2005; da *Cour d'Appel* de Paris, em 25.10.2007; e da *Cour de Cassation*, em 06.04.2011. Na decisão final, a *Cour de Cassation* decretou o cancelamento da transcrição do nascimento dos gémeos no registo civil francês, por considerar que a decisão do tribunal californiano em que se baseia a transcrição não poderia ser reconhecida em França, por violar a ordem pública do Estado francês, pois o nascimento das crianças em resultado de uma gestação de substituição punha em causa o princípio da indisponibilidade do Estado das pessoas. Considerou o tribunal que este cancelamento da transcrição do nascimento das crianças no Registo Civil francês não privava as crianças dos direitos de parentalidade resultantes da lei da Califórnia, nem impedia as crianças de viverem com o casal *Mennesson*, em França.

Ora, o TEDH foi chamado a intervir com base no fundamento de que esta decisão dos tribunais franceses punha em causa o superior interesse das crianças de verem reconhecida em França a filiação estabelecida no estrangeiro, considerando uma violação ao direito ao respeito pela vida familiar, previsto no art. 8.º da CEDH.

Na sua decisão, o Tribunal considerou que o não reconhecimento da relação de filiação pela lei francesa afetou a vida familiar, uma vez que a ausência de transcrição no registo francês obrigou a família a apresentar os documentos do registo civil norte-americano com uma tradução, sempre que acediam a um serviço ou direito que exigisse prova de parentesco e, por isso, tiveram dificuldades em inscrever os filhos na segurança social, num centro, no pedido de apoio social³⁵. Além disso, como não foi reconhecida a relação de filiação, as crianças não adquiriram a nacionalidade francesa, com todos os inconvenientes que isso acarreta³⁶. Assinala-se ainda o risco em relação à manutenção da vida familiar da mãe com as crianças em caso de morte ou separação do casal³⁷ e refere-se que o facto de não ser reconhecido o vínculo de filiação em França relativamente a estas crianças põe em causa os direitos sucessórios das mesmas em relação aos seus pais³⁸.

³⁵ TEDH, *Affaire Mennesson c. France...*, cit., p. 32.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 33.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 34.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 35.

O TEDH considerou que existiu uma violação do direito à vida privada das crianças, direito que implica que os elementos que constituem a identidade da pessoa como ser humano, como é o caso da filiação, devem estar definidos. Ora, no caso, as crianças estavam numa situação de incerteza jurídica, já que, apesar de ter sido estabelecido uma relação de filiação pela lei da Califórnia, a recusa do tribunal francês de reconhecer efeitos ao julgamento californiano e fazer a transcrição da filiação para o registo civil francês, significa que esta relação de filiação não é reconhecida pela ordem jurídica francesa. Esta contradição mina a identidade das crianças na ordem jurídica francesa, afeta negativamente a definição da sua nacionalidade (outro elemento essencial à identidade das crianças) e afeta os seus direitos sucessórios³⁹. Ainda que o Tribunal reconheça a legitimidade da França de desencorajar os seus nacionais de viajarem para o estrangeiro para recorrer à maternidade de substituição, o não reconhecimento no direito francês do vínculo da filiação não tem apenas efeitos sobre os pais, mas sobretudo sobre as crianças, cujo respeito pela vida privada fica seriamente afetado, porque este implica o direito à identidade da pessoa no qual se integra a filiação⁴⁰. Ora, esta situação foi considerada incompatível com o superior interesse da criança, ainda agravada pelo facto de as crianças serem efetivamente filhos biológicos do pai, o que o Estado Francês não reconheceu⁴¹.

Em conclusão, o Tribunal concluiu que a decisão judicial francesa excedeu a margem de apreciação do Estado francês na ponderação dos interesses em conflito, que deve envolver a ponderação dos direitos da criança, existindo uma violação do direito à vida privada das crianças, nos termos do art. 8.º da CEDH.

4.3. O caso *Paradiso e Campanelli* contra Itália

No caso *Paradiso e Campanelli*, um casal italiano, após várias tentativas não sucedidas de gerar a uma criança, recorre a uma gestação de substituição numa clínica na Rússia⁴². No caso, a beneficiária declarou que para este efeito tinha entregado na clínica material genético do seu marido, o que a clínica certificou. Em 27.01.2011, a criança nasceu e, no mesmo dia, a gestante deu o seu consentimento para a criança ser registada como filha dos beneficiários, o que efetivamente suce-

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 35.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 36.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 36.

⁴² TEDH, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, App. No. 25358/12, 27.01.2015.

deu, em 10.03.2011, por inscrição no registo civil de Moscovo. Em 29.04.2011, a beneficiária foi ao Consulado Italiano em Moscovo, com a certidão de nascimento, a fim de obter os documentos que permitiriam que ela voltasse para a Itália com a criança, documentos que foram emitidos, todavia, este consulado deu informação às autoridades italianas no sentido de que a papelada em relação ao nascimento da criança continha informações falsas. Já em Itália, os beneficiários solicitam o registo da certidão de nascimento, o que foi recusado pelas autoridades italianas. Em 05.05.2011, o Ministério Público abriu um processo penal contra os requerentes e solicitou a abertura do processo de colocação da criança para adoção, uma vez que, para efeitos da lei, esta estaria em estado de abandono. Na mesma data, o Tribunal de Menores nomeou um guardião *ad litem* (*curatore speciale*) e aceitou em abrir o processo de adoção da criança. Os beneficiários pediram que a criança fosse colocada com eles, com vista a adotá-la, se necessário.

Neste âmbito, a família foi visitada por uma equipa de assistentes sociais que no seu relatório concluiu que os beneficiários eram respeitados e eram vistos de forma positiva na sociedade, tinham um bom rendimento, uma boa casa e a criança gozava de excelente saúde e bem-estar, tendo da parte dos beneficiários cuidados de padrões elevados. Um outro relatório elaborado por um psicólogo no âmbito de processo judicial em curso concluiu que os beneficiários estavam atentos às necessidades da criança e desenvolveram uma ligação emocional profunda, assim como os outros membros da família, sendo a criança saudável, animada e recetiva. Também concluiu que os candidatos eram pais adequados para a criança, tanto do ponto de vista psicológico como em termos da sua capacidade para educá-la e que as possíveis medidas de remoção teriam consequências devastadoras para a criança, explicando que ela passaria por uma fase depressiva por causa do sentimento de abandono e da perda das pessoas-chave na sua vida, afetando o seu desenvolvimento psicológico a longo prazo.

Entretanto, após uma análise de DNA à criança, descobre-se que o beneficiário não era pai biológico da criança, o que a clínica de fertilidade russa atribuiu a um erro, quando questionada sobre este resultado.

Em 20.10.2011, quando a criança tinha quase 10 meses, o Tribunal de Menores de *Campobasso* ordenou que a criança fosse removida da família, entregue aos cuidados dos serviços sociais e colocada numa instituição de crianças, o que posteriormente foi confirmado pelo tribunal de recurso. Além disso, foi ordenada a apreensão da certidão de nascimento russa, tendo sido concluído pelo tribunal francês que esta era fraudulenta e em violação da lei russa, que apenas permitia a substituição gestacional, e, conseqüentemente, contrária à ordem pública, em 03.04.2013. Con-

siderou, por isso, legítimo recusar o registo da certidão de nascimento russa e ordenou a emissão de uma nova certidão de nascimento, indicando que a criança era filha de desconhecidos e que receberia um novo nome.

Entretanto, a criança foi colocada numa instituição, sem qualquer contacto com os beneficiários, e, em janeiro de 2013, foi colocada numa família com vista à sua adoção, com 2 anos, e 15 meses após ter sido institucionalizada. No início de abril de 2013, o curador pediu ao Tribunal de Menores para dar à criança uma identidade formal, ainda que temporária, para que pudesse ser matriculada na escola sem complicações, porque até então, a criança não tinha uma identidade, o que tinha impacto considerável na sua vida, como, por exemplo, decidir sob que nome a criança deveria ser matriculada para a escola, para registos de vacinação e para residência, não lhe permitindo recorrer a serviços públicos, tendo apenas o direito de usar serviços médicos de emergência⁴³. Em consequência deste pedido, foi atribuída uma identidade formal à criança e esta foi adotada.

Os beneficiários recorreram para o TEDH, alegando que as medidas tomadas pelas autoridades italianas em relação à criança, que resultaram na remoção definitiva desta última, haviam violado o seu direito ao respeito pela vida privada e familiar, garantido pelo art. 8.º da Convenção. Chamado a apreciar o caso, o TEDH pronuncia-se em dois atos.

Num primeiro julgamento da segunda Câmara de Julgamento⁴⁴, datado de 2015, o TEDH pronunciou-se pela aplicabilidade do direito ao respeito pela vida familiar, independentemente do não reconhecimento da filiação por parte das autoridades italianas. Considerou o TEDH que o conceito de vida familiar é uma noção de facto, que depende da existência real na prática de laços pessoais próximos, que abrange outros laços familiares de facto entre pessoas que vivem fora do casamento e relações com consistência suficiente⁴⁵. Apesar de as autoridades italianas não terem reconhecido a filiação que constava do registo civil russo, criaram-se laços de facto entre a criança e os beneficiários que partilharam os primeiros meses de vida e etapas importantes da sua vida, atuando como pais da criança, tendo-se criado uma família de facto, que se integra no conceito de vida familiar do art. 8.º da CEDH⁴⁶. A ausência de ligação genética entre a criança e os beneficiários não al-

⁴³ Esta ausência de elementos que identificassem a criança tinha como objetivo impedir que os beneficiários descobrissem o paradeiro da mesma.

⁴⁴ TEDH, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, cit.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 20.

⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 20.

tera este raciocínio porque o art. 8.º protege não apenas a vida familiar, mas também a vida “privada”, que inclui o direito de estabelecer relações com os outros, o direito de estabelecer detalhes de sua identidade como seres humanos individuais, sendo este direito importante devido às suas implicações formativas para a personalidade do indivíduo⁴⁷.

Para o Tribunal, o não reconhecimento da filiação estabelecida no estrangeiro e a conseqüente retirada da criança da família para a colocar numa instituição e posterior adoção pelas autoridades violou o direito ao respeito pela vida privada e familiar estabelecido no art. 8.º da CEDH, a não ser que os atos das autoridades italianas preenchessem as condições cumulativas do art. 8.º, n.º 2: estarem de acordo com a lei, prosseguirem um fim legítimo e serem necessárias numa sociedade democrática para alcançar esses fins. Nesta análise, o tribunal concluiu que o primeiro e segundo requisitos estavam preenchidos, uma vez que reconheceu a legitimidade da intervenção da lei italiana de acordo com as normas de Direito Internacional Privado italiano e que as medidas tomadas eram adequadas ao fim de prevenção dos comportamentos em causa, tendo em consideração a proibição da gestação de substituição no direito italiano⁴⁸. Para avaliar o terceiro requisito (se os atos praticados eram necessários numa sociedade democrática), considerou o Tribunal que a questão a responder é se as medidas tomadas respeitavam um equilíbrio justo entre os interesses públicos e privados em conflito, com base no direito ao respeito vida privada e familiar, devendo nessa ponderação ter em conta o princípio do superior interesse da criança⁴⁹. Não possuindo a criança qualquer ligação genética com os beneficiários, o Tribunal considerou que as autoridades não agiram de forma irrazoável ao não reconhecer a certidão de nascimento lavrada no estrangeiro e ao aplicar o direito italiano⁵⁰. Já quanto às medidas tomadas em relação à criança, nomeadamente a remoção da família e colocação numa instituição, estas foram consideradas desproporcionadas, não tendo em conta os superiores interesses da criança. A remoção da criança da família é uma medida extrema, à qual se deve apenas recorrer para proteger a criança, quando esta está exposta a um risco grave e imediato, e os argumentos utilizados pelas autoridades italianas não foram suficientes e adequados para justificar a separação: o argumento de que a separação preveniria o desenvolvimento de laços emocionais mais intensos entre a criança e os beneficiários seria

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 21.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 22.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 25.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 26.

benéfico para a criança; o argumento da existência de um procedimento criminal contra os beneficiários, já que não se conseguiria prever o desfecho deste; o argumento de que os beneficiários eram incapazes de educar e amar a criança simplesmente porque contornaram a lei italiana, sem qualquer relatório técnico nesse sentido e quando tinham sido considerados aptos a adotar em 2006⁵¹. Adicionalmente, o Tribunal assinalou que a criança, durante mais de dois anos, não teve identidade oficial. Consequentemente, concluiu-se que as autoridades italianas falharam no juízo de equilíbrio dos interesses em causa, violando o art. 8, n.º 2, da CEDH, ao retirar a criança da família, não considerando o seu superior interesse⁵². Todavia, tendo em conta que a criança já tinha desenvolvido laços afetivos com a família adotiva, onde foi colocada em 2013, considerou-se que a decisão não deveria obrigar o Estado italiano a fazer retornar a criança à família dos beneficiários, tendo sido este Estado condenado apenas a pagar uma indemnização por danos morais⁵³. Esta decisão teve dois votos contra e cinco favoráveis.

Todavia, esta decisão acabou por ser alvo de uma nova apreciação pela Câmara de Apelação do TEDH, em janeiro de 2017⁵⁴. Nesta nova decisão, a Câmara de Apelação reconhece que pode existir vida familiar de facto entre pessoas que não têm laços familiares, desde que existem laços pessoais genuínos, que considerou não existir neste caso⁵⁵. O que interessaria analisar seria a qualidade e força destes laços, que o TEDH considerou, no caso a apreciar, que tinham sido de pouca duração, acrescentando-se o facto de não existir vínculo biológico entre a criança e os beneficiários⁵⁶.

Ainda assim, a Câmara de Recurso considerou que o direito ao respeito pela vida familiar, presente no art. 8.º, n.º 1, seria aplicável na dimensão de direito ao respeito pela vida privada, no sentido de respeito pela decisão dos recorrentes de se tornarem pais e o direito de desenvolvimento pessoal dos beneficiários pelo papel de pais que queriam assumir em relação à criança⁵⁷. Em seguida, o Tribunal

⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 28.

⁵² *Idem, ibidem*.

⁵³ *Idem, ibidem*.

⁵⁴ TEDH, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Grand Chamber, App. No. 25358/12, 24.01.2017.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 38.

⁵⁶ Não podemos deixar de assinalar a incongruência da Câmara de Apelação, ao considerar que os laços estabelecidos tinham sido de pouca duração, quando, no caso *D. and Others v. Belgium* (App. No. 29176/13, § 49, 08.07.2014), considerou existir vida familiar de facto, numa situação de gestação de substituição em que a criança tinha estado apenas dois meses com os beneficiários antes da separação, ainda que neste caso houvesse laços biológicos da criança com um dos pais separados.

⁵⁷ TEDH, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Grand Chamber..., *cit.*, p. 40.

fez a análise dos requisitos cumulativos do art. 8.º, n.º 2: as medidas decretadas pelas autoridades italianas estarem de acordo com a lei, prosseguirem um fim legítimo e serem necessárias numa sociedade democrática para alcançar esses fins. Em relação ao primeiro e segundo requisitos, manteve as conclusões da decisão anterior⁵⁸. Já em relação ao terceiro requisito, a conclusão da Câmara de Apelação foi diferente. Reiterando que os Estados têm uma margem de apreciação quanto às medidas a adotar, o Tribunal passou a analisar a medida de retirada da criança da família dos beneficiários e sua institucionalização, não já numa perspetiva de manutenção da união familiar, mas na perspetiva do direito ao desenvolvimento pessoal dos beneficiários ao estabelecer uma relação com a criança⁵⁹. Nesta medida, considerou que as autoridades italianas ponderaram adequadamente os interesses públicos e privados em conflito, devendo os interesses públicos prevalecer, já que a proibição de contratos de gestação de substituição tem como objetivo a garantia de um interesse público de proteção da crianças e mulheres afetadas por esta prática, que levanta dúvidas éticas, e as medidas adotadas visaram desencorajar nacionais italianos de recorrer a essas práticas no estrangeiro, com a expectativa de a situação ser legalizada em Itália⁶⁰. Logo, concluiu a Câmara de Recurso que os Tribunais italianos, tendo determinado que a criança não sofreria danos irreversíveis ou irreparáveis com a separação, fizeram uma ponderação equilibrada entre os diferentes interesses em causa, dentro da margem de apreciação que lhes é reconhecida pelo art. 8.º, n.º 2, da CEDH⁶¹. Esta última decisão teve seis votos contra e 11 favoráveis.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, pp. 41-42.

⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 46.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 47.

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 50.

5. O reconhecimento dos efeitos legais das gestações de substituição constituídas no estrangeiro

Em ambos os acórdãos, está em causa o reconhecimento dos efeitos legais das gestações de substituição constituídas no estrangeiro, especificamente, o reconhecimento de direitos de filiação constituídos no estrangeiro. A questão agora a responder é como seriam tratadas questões suscitadas pelos referidos acórdãos na ordem jurídica portuguesa. Para responder a esta questão, teremos de fazer uma distinção.

A primeira situação diz respeito a gestações de substituição que decorrem em países que seguem o modelo da transferência legal da parentalidade, em que a transferência da parentalidade entre a gestante e os beneficiários verifica-se direta e imediatamente, em resultado da lei, após o parto. Nestes casos, o que se pretenderá é o reconhecimento em Portugal do ato de registo civil lavrado no estrangeiro. Para este efeito, é necessário recorrer ao art. 6.º, n.º 1, do Código de Registo Civil, que estabelece a transcrição dos atos de registo civil lavrados no estrangeiro pelas entidades estrangeiras competentes, de acordo com a lei de origem desse ato, desde que não contrariem a reserva de ordem pública do Estado português, para que aqueles possam produzir efeitos em território nacional.

A segunda situação diz respeito a gestações de substituição que decorrem em países que adotam o modelo da transferência judicial da parentalidade, em que a gestante é considerada a mãe após o parto, mas os beneficiários podem requerer uma decisão judicial para que se verifique a transferência da parentalidade da criança da gestante para o casal beneficiário. Neste caso, é necessário reconhecer a sentença estrangeira e seus efeitos, nomeadamente os da constituição da filiação, que é regulado pelos arts. 978.º a 985.º do Código de Processo Civil. Um dos requisitos para a confirmação da sentença previsto no art. 980.º, al. f), do mesmo diploma legal é que o reconhecimento não conduza a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado português.

Logo, em qualquer das duas situações, quer no reconhecimento do ato de registo civil lavrado no estrangeiro, quer no reconhecimento de uma decisão judicial estrangeira, a reserva de ordem pública internacional do Estado português pode impedir o reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro em resultado de uma gestação de substituição.

A reserva de ordem pública internacional é habitualmente definida como um limite à aplicação do direito estrangeiro competente, ao reconhecimento de sentenças estrangeiras e atos públicos estrangeiros, quando o resultado da intervenção da lei estrangeira, ou do reconhecimento da sentença ou ato público estrangeiro, seja

manifestamente incompatível com os princípios fundamentais do Estado do foro ou com as suas conceções ético-jurídicas fundamentais. A reserva de ordem pública internacional é um mecanismo próprio da ordem jurídica do foro, através do qual são defendidos os princípios e valores nucleares e inspiradores daquela ordem jurídica, estando a sua intervenção dependente das referidas considerações materiais daquele Estado⁶².

Quando falamos da reserva de ordem pública internacional, temos de lhe reconhecer, como uma das suas características principais, a imprecisão. Estamos perante um conceito indeterminado, não sendo possível concretizar aprioristicamente o seu conteúdo ou defini-lo abstratamente. Logo, o conteúdo da reserva de ordem pública internacional será determinado casuisticamente pelo julgador no caso concreto, tendo como parâmetro as conceções ético-jurídicas do Estado do foro, no momento em que a questão está a ser apreciada. Em consequência do exposto, podemos dizer que estamos perante uma figura espaço-temporalmente circunscrita, uma vez que varia de ordem jurídica para ordem jurídica, em função dos valores axiais que inspiram cada uma. A reserva de ordem pública internacional tem ainda uma intervenção excecional. Pode ser vista como uma intromissão das conceções ético-jurídicas fundamentais do Estado do foro na regulamentação de uma questão, quando não é esta a ordem jurídica competente, logo, os princípios e os valores gerais do Direito Internacional Privado recomendam a redução da sua intervenção a situações extraordinárias, uma vez que o seu funcionamento quebra a resolução normal das situações plurilocalizadas⁶³. A reserva de ordem pública internacional é a última garantia da ordem jurídica do foro na regulamentação das situações plurilocalizadas, sendo encarada como “o reduto inviolável”⁶⁴ ou “(...) o «estilo» ou «alma» de uma ordem jurídica”⁶⁵.

A intervenção da reserva de ordem pública internacional está dependente de certos requisitos. Em primeiro lugar, é necessária uma conexão entre os factos

⁶² Afirmando esta ideia, v. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 9.^a ed., Editorial Comares, Granada, 2008, p. 351; FRANCO MOSCONI, *Diritto Internazionale Privato e Processuale, Parte Generale e Contratti*, 2.^a ed., UTET, Torino, 2001, pp. 167 e 169.

⁶³ Para mais pormenores sobre a reserva de ordem pública internacional, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A mudança de paradigma*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 518-530.

⁶⁴ JOÃO REIS, «Contrato de Trabalho Plurilocalizado e Ordem Pública Internacional», *QL*, ano III, 1996, p. 176.

⁶⁵ JOÃO BATISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed., reimpr., 2006, Almedina, Coimbra, 1997, p. 259.

a apreciar e a ordem jurídica do foro. Esta ideia de ligação suficiente entre a situação e a ordem jurídica do foro, como condição para a intervenção da reserva de ordem pública internacional, surge na doutrina alemã no final do século XIX, com o conceito de *Inlandsbeziehung*⁶⁶. A proximidade da situação com a ordem jurídica do foro é atualmente entendida em termos relativos. A intensidade da conexão exigida dependerá da importância do princípio que faz intervir a reserva de ordem pública internacional, sendo que, quanto mais estruturante for o princípio para a ordem jurídica do foro, menor será a conexão exigida com a mesma. Um outro requisito de intervenção da reserva de ordem pública internacional é a necessidade de que o resultado da aplicação da lei estrangeira ou reconhecimento da situação criada no estrangeiro seja incompatível com os princípios fundamentais e com as conceções ético-jurídicas do Estado do foro. Está em causa a incompatibilidade em concreto da aplicação do direito estrangeiro ou reconhecimento da sentença ou ato público estrangeiro e não qualquer juízo de não adequação ou incorreção das soluções jurídicas de uma lei estrangeira.

Ainda relacionado com a ligação entre os factos a apreciar e a ordem jurídica do foro, é admitida pela doutrina uma intervenção mais limitada da reserva de ordem pública no caso de situações a reconhecer, ou seja, uma ordem pública atenuada em relação ao reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro⁶⁷. Concordamos com LUÍS DE LIMA PINHEIRO quando o Autor diz que, nestas situações, o que está em causa será, eventualmente, uma ligação mais fraca com a ordem jurídica do foro, que resulta naturalmente de situações não constituídas neste Es-

⁶⁶ HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE, *Droit International Privé*, Vol. II, 7.^a ed., L.G.D.J., Paris, 1983, pp. 576 e ss.; ANDREAS BUCHER e ANDREA BONOMI, *Droit International Privé*, 2.^a ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich, 2004, p. 132; DOMINIQUE BUREAU e HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, Partie générale, t. I, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, pp. 460 e 469; JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, p. 244.

⁶⁷ Neste sentido, HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Tome 1, Sources, Nationalité, Condition des étrangers, Conflits de lois (théorie générale), 8.^a ed., L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 580 e ss.; ANDREAS BUCHER, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *RCADI*, Vol. 239, 1993-II, pp. 47 e ss.; ANDREAS BUCHER e ANDREA BONOMI, *Droit international privé*, cit., pp. 131-132; DOMINIQUE BUREAU e HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, cit., pp. 255 e 458-459; A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 4.^a reimpr. da ed. de 2000, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 414 e ss.; CARLOS FERNANDES, *Lições de Direito Internacional Privado, Teoria geral do DIP com incidência no Sistema Português*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 301 e ss.; JOÃO BATISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 267; RUI MOURA RAMOS, «L'ordre public international en droit portugais», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 255-256; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado, Sumários*, reimpr., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 188.

tado⁶⁸. A perturbação para a ordem jurídica do foro nas situações constituídas no estrangeiro será menor, uma vez que a intensidade da ligação à ordem jurídica do foro também será menor, em comparação com as situações a constituir. Além de uma eventual ligação mais ténue à ordem jurídica do foro, estamos a considerar situações constituídas no estrangeiro, onde já produziram efeitos, havendo no reconhecimento das mesmas uma preocupação de manutenção da continuidade de situações e de direitos adquiridos e a manutenção de efeitos já produzidos⁶⁹. Também este elemento, aliado a uma eventual menor intensidade de ligação da situação, justifica uma intervenção mais cuidada da reserva de ordem pública do Estado do foro.

Apesar da legalização da gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa, as situações de reconhecimento de gestações de substituição no estrangeiro continuarão a existir por várias razões. A ordem jurídica portuguesa apenas permite os contratos de gestação de substituição a título gratuito, podendo-se prever que não serão muitas as gestantes de substituição sem contrapartidas monetárias. Nesse sentido, países que permitem os contratos de gestação de substituição a título oneroso continuarão a ser atrativos para os beneficiários portugueses. Além disso, há situações que continuam fora das hipóteses previstas pelo nosso legislador que tornam a gestação de substituição no estrangeiro atrativa: será o caso de um homem solteiro que queira ser pai através deste método ou de um casal de homens, que estão excluídos do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, pelo art. 6.º, n.º 1, a *contrario*, e art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho; será o caso de um casal, ambos inférteis, em que não seja possível utilizar os gâmetas de um dos beneficiários, nos termos do art. 8.º, n.º 3, da mesma lei.

Por isso, a questão agora a responder é qual deve ser a posição de um conservador de um registo civil ou de um juiz perante um pedido de reconhecimento de um ato público estrangeiro de registo de uma filiação ou de um julgamento estrangeiro que decreta a filiação em resultado de uma maternidade de substituição.

⁶⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, Introdução e direito de conflitos, Parte Geral*, Vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 672. Com o mesmo raciocínio, HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE, *Traité de droit international privé, cit.*, p. 583; YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOUREL e PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International Privé*, 9.ª ed., Dalloz, Paris, 2007, pp. 350 e 361.

⁶⁹ A diferença entre o fator temporal e espacial das situações a constituir e das situações a reconhecer está claramente presente na decisão da *Cour de cassation*, «Rivière c. Roumiantzëff, 17.04.1953», in BERTRAND ANCEL e YVES LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5.ª ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 232 e ss. e p. 242.

6. A intervenção da reserva de ordem pública

A doutrina nacional divide-se em duas posições que se aproximam das duas decisões do TEDH no caso *Paradiso contra Campaneli*. Parte da doutrina portuguesa considera que, nestas situações, deve existir reconhecimento da aquisição da filiação no estrangeiro, tendo em conta as consequências gravosas que o não reconhecimento traria para a criança, que ficaria num estado de incerteza grande e numa indefinição jurídica que poria em causa o seu superior interesse, uma vez que, no país da gestação, a criança seria filha dos beneficiários e, em Portugal, essa qualidade não lhe seria reconhecida⁷⁰. Além de todos os direitos que seriam negados à criança, como direitos sucessórios, direitos de alimentos⁷¹, aquisição da nacionalidade, e todos os inconvenientes que daí poderiam resultar para a mesma, a verdade é que a criança ficaria privada de uma qualidade que define a sua identidade, que é a filiação. Não podemos deixar de concordar com estes Autores no sentido que isto poria em causa o superior interesse da criança, nos termos do art. 3.º da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Crianças, que estabelece que as decisões das autoridades públicas e privadas sobre a criança devem ter em conta o seu superior interesse⁷². Esta ideia do superior interesse da criança resulta ainda do art. 21.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. LUÍS DE LIMA PINHEIRO considera mesmo que, quando a criança vem para Portugal com os seus pais biológicos e com consentimento da gestante, não há certamente violação da reserva de ordem pública internacional, tendo em consideração o superior interesse da criança (art. 3.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças) e o direito da criança à sua identidade pessoal e ao respeito da sua vida privada (art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa – CRP – e art. 8.º da CEDH)⁷³.

Outros autores apenas consideram o reconhecimento do vínculo da filiação constituído no estrangeiro, em condições específicas: quando a beneficiária for também mãe biológica; haja consentimento da gestante; o contrato de gestação for gra-

⁷⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, «Maternidade de Substituição e reconhecimento internacional», in MARCELO REBELO DE SOUSA ET AL. (coords.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. V, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 620; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, Direito de conflitos, Parte Especial*, Vol. II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 673.

⁷¹ Como assinala DÁRIO MOURA VICENTE, «Maternidade de Substituição e reconhecimento internacional», *cit.*, p. 620.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 621.

⁷³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado...*, Vol. II, *cit.*, p. 673.

tuito; a gestação for subsidiária e terapêutica⁷⁴. Consideram estes Autores que, nos outros casos, a gestação de substituição porá em causa a dignidade da pessoa humana, em relação à criança e à gestante, a não mercantilização do corpo e a indisponibilidade do estado civil, invocando para o efeito o art. 1.º da CRP e o art. 1.º, n.º 1, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina⁷⁵.

HELENA MOTA admite aceitar a intervenção da reserva de ordem pública internacional se o recurso à gestação de substituição no estrangeiro visar contornar o sistema da ordem jurídica portuguesa: os pais beneficiários são homens ou é um homem, não há ligação biológica entre os beneficiários e a criança, não há consentimento da mulher gestante e o contrato de gestação de substituição é oneroso⁷⁶. Considera ainda que o superior interesse da criança pode consistir em criar vínculos legais (ou seja) de filiação com os pais biológicos ou com os pais beneficiários, sendo adequado, neste caso, uma medida de confiança e posterior adoção, e que este juízo deva ser feito tendo em conta a situação concreta da criança⁷⁷.

A reserva de ordem pública internacional não existe para ser aplicável naquelas situações em que nacionais portugueses contornam a lei portuguesa através do recurso a uma lei estrangeira mais permissiva⁷⁸, até porque o Direito Internacional Privado é tolerante à diversidade de soluções que se encontram nas várias ordens jurídicas. Por isso, a reserva de ordem pública internacional assume uma natureza excecional, ou seja, intervém em situações excecionais de violação de princípios estruturais do Estado português. No âmbito destes princípios, tem de ser ponderado o princípio da dignidade da pessoa humana, na vertente de não instrumentalização e mercantilização da gestante e da criança e o princípio da indisponibilidade do registo civil como consequência do reconhecimento, mas também as consequências do não reconhecimento. Nesta ponderação também deve ser tido em conta o princípio do superior interesse da criança nas decisões que lhe dizem respeito, que é um princípio estrutural e axial do Direito das Crianças na ordem

⁷⁴ NUNO ASCENSÃO SILVA e GERALDO ROCHA RIBEIRO, «A maternidade de substituição e o Direito Internacional Privado português», *Cadernos do C.E.N.O.R.*, n.º 3, 2015, p. 61.

⁷⁵ *Idem, ibidem*.

⁷⁶ HELENA MOTA, «A Gestação de Substituição no Direito Internacional Privado Português», in LUÍSA NETO e RUTE TEIXEIRA PEDRO (coords.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto e FDUP, Projeto FCT UID 443_CIJE, 2017, p. 78.

⁷⁷ HELENA MOTA, «A Gestação de Substituição no Direito Internacional Privado Português», *cit.*, p. 79.

⁷⁸ Essa é uma função de outras figuras como a fraude à lei.

jurídica portuguesa e o direito à identidade da criança. Ou seja, não se pode analisar esta situação como se não houvesse uma criança que é profundamente afetada com esta decisão e a reserva de ordem pública internacional obriga que se pondere o resultado do reconhecimento e do não reconhecimento da situação.

Não há dúvida de que tem de existir uma avaliação casuística da situação, porque a reserva de ordem pública tem como característica a imprecisão ou indeterminabilidade, o que significa que só examinando as circunstâncias do caso concreto é que é possível analisar se o resultado do reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro viola ou não a reserva de ordem pública do Estado português. Nesta análise, os efeitos do reconhecimento ou não da filiação sobre a criança têm necessariamente de ser ponderados, por força do art. 3.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças e do art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Parece-nos, nas situações elencadas, como no caso *Mennesson*, no caso *Labassee* ou no caso *Paradiso e Capaneli*, que a questão não está em criar vínculos entre a criança e a gestante ou entre a criança e os beneficiários, porque entre a gestante e a criança não se estabelecem vínculos de filiação no país de gestação e, por isso, estes vínculos não podem ser criados no país dos beneficiários, nem a gestante deu indícios de querer estabelecer estes vínculos. A alternativa para a criança que se colocou nestes casos foi: o reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro no país dos beneficiários, onde a criança passa a residir e está integrada num ambiente familiar e social estável, com todos os direitos que daí resultam; ou o não reconhecimento da filiação, ficando a criança num limbo jurídico em que, atravessando uma fronteira, deixou de ser filha dos beneficiários, quebrando-se a continuidade do estatuto legal através de fronteiras, limitando fortemente a identidade da criança e o exercício dos direitos que a criança poderia exercer e quebrando laços afetivos já criados entre a família e os beneficiários.

Tendo em consideração a evolução da ordem jurídica portuguesa no sentido da aceitação da gestação de substituição, a necessidade de respeitar o superior interesse da criança e a valorização que os vínculos biológicos têm para o estabelecimento da filiação na ordem jurídica portuguesa, parece-nos que, existindo uma ligação genética entre a criança e os beneficiários, ou um deles, a filiação constituída no estrangeiro deve ser reconhecida, tendo em conta as consequências profundas que outra solução terá para a criança⁷⁹.

⁷⁹ Cremos que não se justificará o não reconhecimento do vínculo de filiação constituído em resultado de uma gestação de substituição, para que posteriormente seja decretada uma medida de confiança e mais tarde a adoção, sobretudo no caso em que exista um vínculo biológico entre a criança e

Não existindo vínculo biológico, admitimos a intervenção da ordem pública internacional⁸⁰, excepcionalmente, desde que a criança seja de muito tenra idade e os vínculos afetivos estabelecidos sejam comprovadamente ainda muito ténues, o que obrigaria a uma perícia técnica para o aferir. Porém, isto não significa que a consequência deva ser a que resultou do caso *Paradiso e Campaneli*: a criança ficar dois anos e meio sem identidade, ao ponto de não se poder inscrever numa escola e só poder recorrer aos serviços de saúde de urgência. Este resultado também violaria a reserva de ordem pública internacional do Estado português, pois poria em causa o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da identidade da criança, que são princípios axiais da nossa ordem jurídica.

os beneficiários, ou um dos beneficiários, para conseguir o mesmo resultado do reconhecimento do vínculo de filiação constituído no estrangeiro, que nos parece ser o procedimento adequado. Não podemos também deixar de acentuar as diferenças entre os interesses subjacentes à adoção e interesses subjacentes à gestação de substituição. A adoção envolve o interesse da criança que já existe em ter uma família e da sociedade em geral em dar-lhe uma família. Já a gestação de substituição envolve os interesses dos beneficiários, pois permite que alguém que não pode ou quer gerar uma criança possa, ainda assim, estabelecer uma relação de filiação com uma criança que tenha consigo um vínculo biológico, permitindo-lhe concretizar o seu direito a procriar. V., neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 23-25, e MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA, «A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade», *Lusíada, Revista de Direito*, n.º 10, 2012, pp. 263-264. Todavia, não pode deixar de se ter em conta o interesse da criança em ver reconhecido legalmente o vínculo biológico já existente.

⁸⁰ Apenas porque concordamos que este caso já se aproxima da adoção, porque concordamos que não está em causa o direito a procriar e o interesse da criança em ver reconhecida legalmente um vínculo biológico existente. V., neste sentido, MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA, «A Maternidade de Substituição...», *cit.*, p. 264. Todavia, há outros interesses da criança que devem ser ponderados.

Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional *

Benedita Mac Crorie

*Prof.ª Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

Resumo: No Acórdão n.º 225/2018, o Tribunal Constitucional foi chamado a apreciar algumas das alterações introduzidas à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regulamenta a procriação medicamente assistida na ordem jurídica portuguesa. Essas alterações resultaram da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, que alargou o leque das potenciais beneficiárias das técnicas de procriação medicamente assistida e da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, que veio permitir, em situações excepcionais, o recurso à gestação de substituição. Neste trabalho, não nos vamos debruçar sobre todas as questões tratadas pelo Tribunal Constitucional no Acórdão. Centraremos a nossa análise no modo como o princípio da dignidade da pessoa humana foi invocado e concretizado. Denota-se nesta decisão uma evolução relativamente à jurisprudência anterior do Tribunal, que foi criticada pela deficiente densificação do princípio da dignidade, princípio este que é particularmente relevante em matéria de procriação medicamente assistida, uma vez que, nos termos da al. e) do art. 67.º da Constituição da República Portuguesa, incumbe ao Estado “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

Palavras-chave: Dignidade; fórmula do objecto; gestação de substituição; Tribunal Constitucional.

1. Introdução

Nesta comunicação procuraremos analisar o papel desempenhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana no Acórdão n.º 225/2018, no qual o Tribunal Constitucional (doravante TC) foi chamado a apreciar algumas das alterações introduzidas à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regulamenta a procriação medicamente assistida na ordem jurídica portuguesa, pelas Leis n.º 17/2016, de 20 de Junho (que alarga o leque das potenciais beneficiárias das técnicas de procriação

* O texto segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

medicamente assistida (doravante PMA), e n.º 25/2016, de 22 de Agosto (que vem permitir, em situações excepcionais, o recurso à gestação de substituição).

As questões de constitucionalidade colocadas respeitam, nas palavras do TC, a três núcleos problemáticos, nomeadamente: “a admissibilidade do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição, nos casos em que o projecto de parentalidade não seja concretizável de outro modo, em consequência de situações clínicas impeditivas da gravidez; o direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição de conhecerem a identidade da respectiva gestante; e a legitimidade da dispensa de instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente a criança nascida de uma mulher que tenha recorrido, a título individual, ou seja, fora do contexto de um casamento ou de uma união de facto, a técnicas de PMA para engravidar”.

Não nos iremos debruçar sobre todas as questões tratadas pelo TC nesta decisão, até porque o Acórdão é bastante extenso. O nosso objectivo é especificamente estudar o modo como o princípio da dignidade da pessoa humana foi invocado e concretizado ao longo do *iter* argumentativo do Acórdão, tendo o Tribunal desenvolvido particularmente esta questão na parte em que se dedica à análise da admissibilidade do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição.

Estabeleceremos ainda uma comparação com a jurisprudência anterior do Tribunal em matéria de PMA, uma vez que, no Acórdão n.º 101/2009, no qual o TC foi chamado a apreciar a ilegalidade e a inconstitucionalidade de algumas disposições da Lei n.º 32/2006, o princípio da dignidade foi também um dos argumentos invocados como fundamento da inconstitucionalidade.

2. A densificação do princípio da dignidade pelo Tribunal Constitucional

No Acórdão n.º 101/2009, que tivemos já oportunidade de comentar e que, por essa razão, não iremos aqui desenvolver¹, o TC foi chamado a apreciar a constitucionalidade de algumas das opções do legislador em matéria de procriação me-

¹ BENEDITA MAC CRORIE, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a Procriação Medicamente Assistida: comentário ao Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional», in JORGE REIS NOVAIS e TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 233-256.

dicamente assistida, vertidas na Lei n.º 32/2006². O Tribunal declarou a não inconstitucionalidade das disposições questionadas, tendo a decisão do Tribunal sido objecto de algumas críticas, não apenas quanto ao resultado a que chegou, mas também quanto à sua fundamentação. Uma das principais críticas feitas ao Acórdão, desde logo no voto de vencido de Maria Lúcia Amaral, diz respeito à deficiente concretização do princípio da dignidade da pessoa humana por parte do Tribunal ao longo da decisão. Nas suas palavras: “A determinação do que seja a «lesão da dignidade da pessoa humana» aparece assim como um elemento integrante da correcta compreensão da ordem constitucional de regulação. Posto que tal ordem foi dada tendo em conta a imposição de um vínculo específico ao legislador, a delimitação do seu âmbito (...) não pode ser feita se se não atribuir um certo sentido substancial – por mínimo que seja – à expressão salvaguarda da dignidade”, entendendo Maria Lúcia Amaral que o Tribunal foi “silente” na atribuição desse mesmo sentido.

A este propósito, tivemos também já oportunidade de defender que, para que o princípio da dignidade, enquanto princípio jurídico, possa cumprir as múltiplas funções que lhe têm sido atribuídas pelo Tribunal³, tornava-se inevitável que este fosse mais além na definição do seu conteúdo⁴.

² Nomeadamente: a) a admissibilidade da utilização das técnicas de PMA em caso de risco de transmissão de doenças de origem não genética ou infecciosa; b) a inexistência de um limite etário para os beneficiários; c) a possibilidade de recurso a técnicas de PMA para tratamento de doença de terceiro; d) a utilização de embriões em investigação científica; e) a admissibilidade da procriação heteróloga; f) a regra do anonimato dos dadores; g) o regime de filiação na reprodução heteróloga; h) a inexistência de limites à criação de embriões; i) o diagnóstico genético pré-implantatório; j) a não punição da clonagem reprodutiva e admissibilidade da técnica de transferência de núcleo; e l) a não punição da maternidade de substituição a título gratuito.

³ Sobre a multifuncionalidade do princípio, ver BENEDITA MAC CRORIE, «O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional», in *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 163 e ss.; também JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, I (Dignidade e Direitos Fundamentais)*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 28 e ss.; MARIA LÚCIA AMARAL, «O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional», *Jurisprudência Constitucional*, n.º 13, 2007, pp. 7 e ss.

⁴ BENEDITA MAC CRORIE, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a Procriação Medicamente Assistida: comentário ao Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional», *cit.*, p. 256; BENEDITA MAC CRORIE, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a Procriação Medicamente Assistida», in LUÍSA NETO e RUTE TEIXEIRA PEDRO (coords.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018, pp. 55-62 (*e-book*, ISBN:978-989-746-154-5, disponível in <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>). Nesse sentido, ver também MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, «Dignidade Humana e Igualdade: Considerações a propósito do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009», in JORGE REIS NOVAIS e TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*, *cit.*, pp. 257-283.

Ora, esta crítica parece-nos ter sido ultrapassada com o Acórdão n.º 225/2018, que teve como relator Pedro Machete, uma vez que nele se denota efectivamente uma preocupação por parte do Tribunal na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, ao afirmar, desde logo, que se “torna (...) necessário determinar o sentido substancial que deve ser atribuído à menção da salvaguarda da dignidade humana, uma vez que dele depende a delimitação do espaço de livre conformação do legislador em matéria de regulação da PMA”. Esta é a primeira nota positiva a salientar em relação à decisão, que traduz um avanço no modo como o TC aborda o princípio.

No Acórdão, a questão que desde logo se colocou foi a de saber se a gestação de substituição, independentemente de qual seja a configuração do seu regime, é compatível com a dignidade, quer da gestante, quer da criança que nasce em consequência da gestação. Assim, é a este propósito que o Tribunal começa por atribuir um sentido substancial ao princípio. Mas que sentido substancial?

O TC, seguindo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, recorreu em algumas das suas decisões à fórmula do objecto para densificar o conceito de dignidade⁵. Esta fórmula tem a sua origem na doutrina alemã, com GÜNTER DÜRIG, e inspira-se na filosofia moral de Kant. DÜRIG procura definir a dignidade pela negativa, partindo da sua violação, que acontecerá nas situações em que a pessoa é reduzida à condição de objecto ou de um simples meio⁶.

Na decisão em análise, o Tribunal adere claramente a esta fórmula, o que podemos, desde logo, retirar do seguinte excerto: “(...) o Tribunal Constitucional tem vindo a concretizar a referida dimensão intrínseca da dignidade humana a partir da sua violação, reconhecendo um importante valor heurístico à chamada «fórmula do objeto» de GÜNTER DÜRIG (...) Se é inerente ao ser-humano de cada um – ou seja, a todo e qualquer indivíduo da espécie humana – ter «direito a ter direitos» e, por-

⁵ O TC invocou a fórmula do objecto por exemplo nos Acórdãos n.º 426/91, n.º 89/00 e n.º 144/04. Regressando ao Acórdão n.º 101/09, no seu voto de vencido, Maria Lúcia Amaral defendeu que o Tribunal deveria pelo menos ter recorrido à fórmula do objecto, já utilizada em decisões anteriores, para a concretização do princípio. Nas suas palavras, “a invocação seria (...) compreensível se se tivesse pelo menos referido a mais antiga e consensual definição de «dignidade» – a decorrente da chamada «fórmula do objecto» de Dürig, aliás já referida pelo Tribunal noutros casos e que se confunde, em resumo necessariamente grosseiro, com a proibição de *instrumentalização* de matriz kantiana”.

⁶ Sobre a fórmula do objecto, ver GÜNTER DÜRIG, «Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2, 1956, pp. 125, 152 e 153; BENEDITA MAC CRORIE, «O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *cit.*, pp. 171 e ss.; também BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 229.

tanto, a qualidade de sujeito titular dos direitos que lhe asseguram o exercício da autonomia na definição e prossecução dos seus fins próprios – os direitos fundamentais –, daí decorre necessariamente que cada um enquanto ser humano não possa ser degradado, desde logo pelos poderes públicos, a mero objeto, isto é, não possa ser tratado como simples meio para alcançar fins que lhe sejam totalmente estranhos”.

Mas a verdade é que o Tribunal não se limita a aderir à fórmula do objecto, o que é o segundo aspecto positivo que consideramos ser de realçar, uma vez que procura ainda dar resposta a algumas das críticas que lhe têm vindo a ser tecidas. Desde logo, o facto de a fórmula do objecto ser suficientemente aberta para poder ser usada tanto num contexto de autonomia como de heteronomia⁷, o que tem levado tanto a doutrina como a jurisprudência a utilizá-la muitas vezes como veículo para o estabelecimento de restrições à liberdade, ao invés de servir como fundamento dessa mesma liberdade. No domínio da bioética, a utilização do princípio com esse objectivo é particularmente notória, tendo inclusivamente suscitado posições que propõem o seu afastamento⁸, ou pelo menos uma sua utilização mais “contida”⁹.

⁷ PAUL TIEDEMANN, *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung*, Darmstadt, WGB, 2006, p. 45. Sobre a dupla função do conceito de dignidade, enquanto argumento para ampliar e argumento para restringir a liberdade individual, ver NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética», *Lex Medicinæ*, 15, 2011, p. 30; DAVID FELDMAN, «Human Dignity as a Legal Value – Part II», *Public Law*, 2000, p. 75; GIORGIO RESTA, «La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della Carta dei Diritti)», *Rivista di Diritto Civile*, 6, 2002, p. 833; STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ, «When Ambivalent Principles Prevail. Leads for Explaining Western Legal Orders’ Infatuation with the Human Dignity Principle», *EUI Working Paper Law*, 2007/37, in <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7664/LAW-2007-37.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 3. Finalmente, PAOLO G. CAROZZA, «Human dignity in Constitutional Adjudication», in TOM GINSBURG e ROSALIND DIXON (coords.), *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, pp. 460 e ss.

⁸ É o caso de RUTH MACKLIN, cujo editorial «Dignity is a useless concept», publicado no *British Medical Journal*, n.º 327, 2003, pp. 1419 e ss., suscitou um debate aceso sobre a utilidade do princípio. Sobre esta posição, ver também ROBERTO ANDORNO, «La notion de dignité est-elle superflue en bioéthique?», *Révue Générale de Droit Médical*, 16, 2005, pp. 95 e ss.; PETER SCHABER, «Menschenwürde: ein für die Medizinethik irrelevanter Begriff?», *Ethik in der Medizin*, 24, 2012, p. 300. Entre nós, colocando também a questão de saber se o princípio da dignidade não deve ser abandonado, devendo procurar-se as razões mais profundas que justificam restrições da liberdade, ver NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética», *cit.*, p. 33.

⁹ JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, II (Dignidade e Inconstitucionalidade)*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 65 e ss., referindo-se a uma aplicação contida do princípio em geral e não apenas em questões relacionadas com a bioética.

É ilustrativo desta insuficiência da fórmula do objecto o seguinte excerto da declaração de voto de Gonçalo Almeida Ribeiro: “a proibição da instrumentalização, expressa através da «fórmula do objeto», não dá qualquer indicação útil para resolver o problema central colocado pelo confronto da gestação de substituição com o princípio da dignidade da pessoa humana: saber se a dignidade de uma pessoa plenamente capaz pode justificar a restrição da sua liberdade. Trata-se de saber se a proibição constitucional da instrumentalização da pessoa se dirige também contra o próprio, em termos de se poder dizer que a autoridade pública de uma comunidade política baseada na dignidade da pessoa humana tem, não apenas o dever de se abster de instrumentalizar as pessoas e de protegê-las da instrumentalização por terceiros, mas também o dever de as proteger contra a instrumentalização de si próprias”.

Nesta decisão, o Tribunal afirma que a dignidade se deve identificar com a autonomia ética da pessoa e que o reconhecimento dessa autonomia se deve traduzir na possibilidade de ser a própria pessoa, pelo menos em grande medida, a definir quando está ou não a ser instrumentalizada (desde que, evidentemente, tenha capacidade para o fazer). Em virtude disso, o Tribunal reconhece que o consentimento do próprio deve assumir um papel particularmente relevante na determinação da existência de uma violação da dignidade. Partindo desta ideia, o Tribunal entende que a gestação de substituição em si mesma não atenta contra a dignidade da gestante de substituição, desde que, evidentemente, esta consinta livremente em participar no contrato de gestação¹⁰.

Nas palavras do Tribunal: “(...) uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana também postula um valor intrínseco de cada ser humano, assumindo a sua integridade e uma capacidade de autodeterminação em razão da autonomia ética, não se pode excluir a relevância do consentimento livre e esclarecido de quem, relativamente a atuações ou situações que, sendo impostas e não consentidas, atentariam contra a dignidade do sujeito. Com efeito, mesmo reconhecendo poder haver exceções, o consentimento em causa, desde que temporário e não irremediavelmente lesivo da autodeterminação futura do sujeito, constitui, ele próprio, um modo legítimo de afirmação da dignidade humana”.

¹⁰ Esta não foi uma posição unânime do Tribunal, tendo havido quatro votos de vencido, considerando que a gestação de substituição em si mesma atenta contra a dignidade da pessoa humana (dependendo dos casos, ou da gestante ou da criança nascida em virtude dessa gestação). Ver, mas desenhadamente, os votos de Maria de Fátima Mata-Mouros; Maria José Rangel Mesquita; José António Teles Pereira; e João Caupers.

Referindo-se especificamente à dignidade da gestante, diz ainda o TC que: “Deste modo, a dignidade humana daquela que se assume como gestante de substituição não é violada; pelo contrário, a sua participação na gestação de substituição afirma uma liberdade de ação que, em última análise, se funda nessa mesma dignidade, (...). Como referido acima, a propósito da «fórmula do objeto» (...), a instrumentalização lesiva da dignidade do ser humano não pode ser entendida mecanicamente; antes exige uma apreciação sobre o respetivo impacto concreto no valor intrínseco de cada pessoa, e muito particularmente na sua capacidade de autodeterminação e de afirmação livre e responsável da sua personalidade (...). Somente a instrumentalização que anule ou desconsidere essa autonomia pessoal, no presente ou para o futuro, pode ser considerada degradante porque reduz a pessoa a uma coisa ou objeto e, como tal, violadora da dignidade humana (...)”.

Por outro lado, o Tribunal considerou também não haver violação da dignidade da criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição. O TC entende que a instrumentalização da criança, que pode decorrer do recurso à gestação de substituição, não difere substancialmente da instrumentalização resultante de outras motivações que podem determinar a concepção de uma criança e que, por outro lado, “não há instrumentalização do novo ser enquanto tal, uma vez que este, quando surge no Mundo, terá, potencialmente, uma natureza e uma vida exactamente iguais às de qualquer outro ser humano”.

O Tribunal remete ainda para a argumentação aduzida pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), que afirmou que “a motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, porque se pensa que isso será bom para o próprio e, sendo o caso, para o projecto parental que se comunga com alguém, acompanhado da convicção (...) de que o projecto parental será bom para o novo ser”.

Esta questão remete-nos para outra dificuldade que a fórmula do objecto suscita, quando através dela pretendemos avaliar se o princípio da dignidade está a ser posto em causa, e que é a seguinte: muitas vezes, as pessoas são objecto de medidas estatais ou de terceiros sem que tal implique uma violação da sua dignidade. Reconhecendo as insuficiências da fórmula, JORGE REIS NOVAIS defende, por essa razão, que só haverá violação da dignidade quando, na instrumentalização em causa, esteja “decisivamente presente um elemento de coisificação, desvalorização, desprezo, humilhação ou, em geral, de degradação da pessoa”, o que pode

resultar da intencionalidade de quem instrumentaliza ou do próprio contexto do caso. Tal significa que a apreciação da “intenção subjacente” e do “significado social de uma acção” é também essencial para avaliar se a instrumentalização é ou não atentatória da dignidade¹¹.

Ainda que o Tribunal não o refira expressamente, parece que foi precisamente isso que fez ao avaliar se a instrumentalização da criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição se consubstancia numa violação da dignidade, na medida em que admite que se verifica uma instrumentalização na concepção, ainda que não da criança enquanto tal, mas não a considera atentatória da dignidade.

Já no Acórdão n.º 101/2009, a propósito da legitimidade do recurso a técnicas de PMA para tratamento de doença de terceiro, isto é, na resposta à questão de saber se é legítima a utilização de técnicas de PMA, nomeadamente do diagnóstico genético pré-implantação, para obter um grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave de outra pessoa, normalmente um irmão, a decisão do TC foi no sentido de não considerar a instrumentalização em causa lesiva da dignidade. Entendemos que o Tribunal, na análise que fez da solução legal, ainda que não o referindo expressamente, acabou por atender ao “significado social da acção”, fazendo uma ponderação entre os diferentes direitos em jogo e considerando decisivo o fim visado, isto é, a protecção da saúde de um terceiro em perigo de vida¹².

Parece-nos, portanto, que há dois critérios essenciais para avaliar se há ou não instrumentalização atentatória da dignidade da pessoa humana: tratando-se de situações em que a pessoa é capaz de consentir, em princípio, esse consentimento será suficiente para afastar a lesão ao princípio da dignidade, exceptuando as situações em que possa estar em causa a autodeterminação futura do sujeito.

Por outro lado, quando estejamos a falar de situações em que falta esse sentimento, seja porque as pessoas pura e simplesmente não consentiram ou porque não podem dar o seu consentimento (por não existirem ainda no momento da prática do acto, como sucede na gestação de substituição, no que se refere à criança que virá a nascer na sequência dessa técnica, ou por não terem capacidade para o fazer), é útil, para aferir se a instrumentalização é contrária à dignidade,

¹¹ JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, II, cit.*, pp. 112 e ss.

¹² BENEDITA MAC CRORIE, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a Procriação Medicamente Assistida: comentário ao Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional», *cit.*, pp. 245 e ss.

ter em conta se essa instrumentalização envolve uma particular degradação ou humilhação, sendo relevante nessa análise considerar “a intenção subjacente” e “o significado social da acção”.

Parece-nos, no entanto, que não se devem confundir os dois planos, isto é, na medida em que há consentimento (livre e esclarecido, evidentemente), já não é em princípio necessário ter-se em conta a intenção subjacente e o significado social da acção para a avaliação de uma eventual lesão da dignidade. A admitir-se essa possibilidade, seria apenas em situações excepcionais, nomeadamente naquelas em que, na perspectiva de alguma doutrina, a humanidade intrínseca do sujeito pudesse estar em causa, o que implicaria estarmos perante uma situação de degradação extrema¹³, o que manifestamente não acontece neste caso. Assim, é essencialmente nas situações de inexistência de consentimento que faz sentido utilizar estes critérios. Ora, o Tribunal não parece fazer esta distinção, quando, ao analisar se a dignidade da gestante está em causa, faz a seguinte afirmação: “Nesta medida, a gestante de substituição atua um projeto de vida próprio e exprime no mesmo a sua personalidade. Consequentemente, a intervenção no projeto parental dos beneficiários não se esgota no proveito para estes últimos, já que a própria gestante também retira benefícios para a sua personalidade, confirmando ou desenvolvendo o modo como entende dever determinar-se perante si e os outros. A sua gravidez e o parto subsequente são tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente de um ato de doação ou entrega, que, a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais, a eleva. E eleva-a igualmente perante aqueles que são por ela ajudados. Ora, a elevação da gestante de substituição, perante si mesma e os beneficiários e, porventura, perante o círculo dos seus mais próximos, é o oposto da sua degradação”.

Diz ainda o TC a propósito da violação da dignidade da gestante: “A gestação de substituição tem, por isso, uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa, nomeadamente, o direito a constituir família e o direito a procriar”.

Daqui retiramos que o TC, para além de ter em conta o consentimento da gestante para aferir a eventual violação do princípio da dignidade, teve também em consideração o significado social da conduta (isto é, o facto de por esta via se permitir que os beneficiários realizem o seu direito a constituir família) e ainda a

¹³ JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, II, cit.*, pp. 102 e ss.

própria motivação da gestante, o que é particularmente questionável, até porque desde logo estamos perante um problema cognitivo, que é o seguinte: como é que nós podemos saber o que verdadeiramente levou a pessoa a praticar este acto?

Parece ir nesse sentido a declaração de voto de Gonçalo Almeida Ribeiro, quando considera que “perpassa na decisão” uma “concepção perfeccionista ou teológica da dignidade da pessoa humana”, no excerto supra-referido. Nas suas palavras: “Apesar da abertura que revela – «a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais» –, esta justificação parte da ideia de que o valor ou excelência ética da escolha da gestante, que sacrifica bens pessoais para corresponder ao desejo parental dos beneficiários, sem exigir nada em troca, é razão decisiva para supor que a dignidade da sua pessoa não é violada. Não é que eu discordo que seja tipicamente assim nos casos de gestação de substituição gratuita. Sucede é que esta razão – o valor ético ou bem intrínseco da opção tomada pela gestante – é irrelevante para decidir se deve ou não ser respeitada a sua liberdade”.

Para justificar essa sua posição, Gonçalo Almeida Ribeiro entende que há dois argumentos que apoiam uma concepção liberal/deontológica de dignidade: “em primeiro lugar, o argumento da interioridade. Se o valor intrínseco da pessoa humana está (...) na sua capacidade singular de autodeterminação – de ser «legislador de si próprio» ou de se motivar por valores, seja qual for a origem e o sentido últimos das normas e dos valores –, a dignidade pessoal pressupõe a liberdade de ação (...); em segundo lugar, o argumento do pluralismo. Respeitar a pessoa humana na sua capacidade de autodeterminação é respeitar, não apenas a sua liberdade de ação, mas as normas e os valores pessoais que orientam a sua conduta – respeitar a sua liberdade de convicção (...)”.

Parece-nos fazer sentido esta posição porque efectivamente não cremos que devam relevar para a aferição de uma eventual violação da dignidade as razões que motivaram o consentimento dado pela gestante, desde que, evidentemente, estejamos a falar de um consentimento livre e esclarecido. Apesar disso, não estamos de acordo com as conclusões a que chega, partindo da concepção de dignidade que defende, ao considerar que o reconhecimento legal da gestação de substituição é uma imposição constitucional ao legislador decorrente dos direitos a constituir família e ao livre desenvolvimento da personalidade e que a proibição de negócios onerosos é inconstitucional, por violar esses mesmos direitos.

Ainda que também pensemos que a onerosidade da gestação de substituição não a converte necessária e inevitavelmente num atentado à dignidade, pensamos que da Constituição e particularmente do princípio da dignidade da pessoa humana não se retira uma obrigação de o legislador admitir a gestação de substitui-

ção, nem gratuita, nem onerosa, sendo essa uma opção que deve caber no âmbito da sua liberdade de conformação política.

3. Conclusão

Pensamos que esta é uma decisão importante no que diz respeito à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana pelo Tribunal Constitucional. Denota-se neste Acórdão uma evolução em relação à jurisprudência anterior do Tribunal, que foi criticada essencialmente pela falta de densificação do princípio, ainda que o Tribunal não deixasse de lhe atribuir uma multiplicidade de funções e de lhe reconhecer um papel estruturante na ordem constitucional portuguesa.

Consideramos também que é uma decisão particularmente relevante, na medida em que o Tribunal não se limita a acolher a fórmula do objecto na densificação do princípio, procurando fazer face às fragilidades apontadas à fórmula nessa mesma concretização.

Apesar disso, parece-nos que o Tribunal mistura os critérios que devem ser utilizados para avaliar a existência de uma violação da dignidade quando há consentimento e quando esse consentimento não se verifica, sendo particularmente questionável a referência do Tribunal ao valor da conduta da gestante como sendo um elemento a ter em conta na aferição de uma eventual violação da dignidade.

Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida – algumas reflexões

Cristina Dias

*Prof.^a Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

Resumo: A regulação da procriação medicamente assistida (PMA) exigiu uma resposta jurídica do legislador a várias questões, muitas polémicas e com implicações éticas. Na impossibilidade de estudarmos todas estas matérias, propomo-nos analisar alguns problemas sucessórios que se colocam pelo facto de ter havido recurso a técnicas de PMA. Assim, reflete-se sobretudo sobre três assuntos com maior relevo jus-sucessório: os aspetos sucessórios do recurso a técnicas de PMA heterólogas (com recurso a dador), as repercussões sucessórias da gestação de substituição e a capacidade sucessória no caso de inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem*.

Palavras-chave: Procriação medicamente assistida; sucessões; inseminação *post mortem*

1. Notas prévias – a apresentação do problema

A regulamentação legal da procriação medicamente assistida em Portugal encontra consagração na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com alterações introduzidas pelas Leis n.º 59/2007, de 4 de setembro, n.º 17/2016, de 20 de junho, n.º 25/2016, de 22 de agosto, e n.º 58/2017, de 25 de julho (LPMA). A LPMA sofreu alterações sucessivas nos últimos tempos, desde o alargamento do leque de beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) à admissibilidade da gestação de substituição em certos casos, entretanto afastada pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, resultante do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril¹.

A utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida gera vários problemas jurídicos, não sendo evidentemente possível nem desejável, neste contexto, analisá-los a todos. Dedicar-nos-emos a uma breve reflexão de alguns aspetos sucessórios da PMA.

¹ Publicado em *Diário da República*, 1.ª série, n.º 87, de 7 de maio de 2018.

O art. 2.º, n.º 1, da LPMA apresenta como técnicas de PMA a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, o diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias². Acrescenta depois o n.º 2 do mesmo artigo, introduzido pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto (que regulou o acesso à gestação de substituição), que a presente lei se aplica ainda às situações de gestação de substituição previstas no seu art. 8.º.

Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual (art. 6.º, n.º 1, da LPMA). As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica (n.º 2).

A lei parte do princípio de que só uma mulher pode gerar uma criança e, por isso, só admite o recurso às técnicas de PMA às mulheres (sós ou casadas ou unidas de facto com pessoa de sexo diferente ou do mesmo sexo). Admitir que um homem só possa recorrer a tais técnicas implicaria uma diferente forma de regular e admitir a gestação de substituição, o que não foi pretendido pelo legislador.

Poderá discutir-se a compatibilidade do acesso a técnicas de PMA a todas as mulheres com o princípio da subsidiariedade dos métodos de PMA, previsto no art. 4.º, n.º 1, da LPMA. Na verdade, e atendendo aos beneficiários previstos no art. 6.º, mais do que um método subsidiário, o recurso a técnicas de PMA configura um método complementar de procriação.

A regulação da PMA exigiu uma resposta jurídica do legislador a várias questões, muitas polémicas e com implicações éticas. Além das já mencionadas, podemos destacar os problemas decorrentes do recurso a métodos heterólogos (do ponto de vista do estabelecimento da filiação e repercussões sucessórias daí resultantes) e a técnicas *in vitro* (o problema dos embriões excedentários).

Na impossibilidade de analisarmos todas estas matérias, propomo-nos analisar alguns problemas sucessórios que se colocam pelo facto de ter havido recurso a técnicas de PMA. O tema central a abordar cingir-se-á sobretudo à solução encontrada pelo legislador, nos arts. 22.º e 23.º da LPMA, quanto à inseminação *post mortem*.

² Os arts. 3.º a 18.º da referida lei aplicam-se a todas as técnicas. Só são reguladas especificamente a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e o diagnóstico genético pré-implantação, determinando o art. 47.º a aplicação das normas da fertilização *in vitro* às restantes técnicas.

Para contextualizar, convém lembrar que a sucessão pode ser legal ou negocial. O autor da sucessão poderá contemplar, por testamento ou pacto sucessório (nos casos admitidos por lei), quem quiser, dispondo da totalidade dos seus bens ou, tendo herdeiros legitimários, da sua quota disponível. Tentaremos analisar neste ponto a possibilidade de o autor da sucessão contemplar, por testamento ou pacto sucessório, como seu herdeiro o filho que virá a nascer por recurso a técnicas de PMA, já concebido (embrião) ou mesmo concepturo. Analisaremos esta questão em articulação com a capacidade para suceder.

Quanto à sucessão legal, impõem-se algumas considerações, já que os descendentes e os ascendentes são herdeiros legais (legítimos e legitimários) uns dos outros. Ora, o recurso a técnicas de PMA poderá colocar algumas dificuldades às soluções sucessórias apresentadas pela lei.

Não podemos, todavia, deixar de fazer referência a outras soluções legais no domínio da PMA que tocam aspetos sucessórios. Assim, os principais problemas que pretendemos aqui analisar prendem-se com (I) os aspetos sucessórios do recurso a técnicas de PMA heterólogas (com recurso a dador), (II) as repercussões sucessórias da gestação de substituição e (III) a capacidade sucessória no caso de inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem*.

2. Aspetos sucessórios do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida heterólogas

Quando o recurso a técnicas de PMA implique a utilização de dador, impõe-se analisar se o filho que vier a nascer é herdeiro legal do(s) beneficiário(s) que presta(m) o consentimento para a PMA ou do dador. Sendo que o estatuto jurídico de filho resulta do estabelecimento da filiação, é de acordo com esta que se aferirá quem é herdeiro e, neste ponto, o art. 10.º, n.º 2, da LPMA, bem como o seu art. 21.º, excluem os dadores como progenitores da criança que venha a nascer.

Sendo assim, a criança será filha do(s) beneficiário(s) que prestou(aram) o consentimento e, em consequência, será herdeiro legal (legítimo e legitimário) do(s) mesmo(s), bem como, se a criança morrer, os pais jurídicos (beneficiários que deram o consentimento com filiação estabelecida) serão seus herdeiros legais. Por outro lado, a criança nascida por via de PMA heteróloga, ou os seus descendentes, e o dador, ou seus parentes, não são sucessíveis legais uns dos outros.

De mencionar, quanto às técnicas heterólogas, o art. 1839.º, n.º 3, do Código Civil, isto é, o progenitor que consentiu, prestou o seu consentimento a tais téc-

nicas³, não pode impugnar a presunção de paternidade decorrente do art. 1826.º do mesmo código. O estabelecimento da paternidade quando haja recurso a dador de sémen está regulado nos arts. 19.º a 21.º da LPMA (com aplicação a outras técnicas de PMA por força dos arts. 27.º e 47.º).

3. Repercussões sucessórias da gestação de substituição

A redação original do art. 8.º da LPMA considerava nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição (na altura, maternidade de substituição). Em consequência, e além das sanções criminais que estavam previstas no art. 39.^{o4}, 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 (traduzindo o princípio geral do direito da filiação de que a maternidade resulta do facto biológico do nascimento – arts. 1796.º, n.º 1, e 1803.º do Código Civil). E seria assim mesmo que esse vínculo não correspondesse à verdade biológica, já que as células reprodutoras poderiam provir da mãe de receção ou até de uma terceira dadora. Se a mãe de gestação fosse casada, a paternidade estabelecer-se-ia por via da presunção da paternidade do marido da mãe (art. 1826.º do Código Civil). Caso contrário, poderia estabelecer-se por reconhecimento voluntário (perfilhação) ou judicial, nos termos gerais do Código Civil.

A alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, regulou o acesso à gestação de substituição, não em termos gerais, mas apenas nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez (art. 1.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto).

Começa o art. 8.º por dar uma noção de gestação de substituição, no seu n.º 1, como sendo qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. Trata-se, portanto, de um acordo mediante o qual “uma das partes (a mãe portadora ou de gestação) assume perante a outra (mãe ou casal de receção) três obrigações principais: iniciar e completar

³ O artigo em causa refere-se apenas à inseminação artificial, mas deverá entender-se como reportando-se a todas as técnicas heterólogas.

⁴ De destacar que, sendo ambos nulos, a lei apenas sancionava (e sanciona) criminalmente os negócios onerosos, nos termos do art. 39.º da LPMA.

uma gravidez; entregar à mãe de recepção a criança resultante da gestação; e reconhecer a mãe de recepção como mãe jurídica, abstendo-se da reivindicação de quaisquer direitos parentais sobre o menor”⁵.

Este acordo deve ser feito por escrito e configura um contrato de prestação de serviço atípico (a gestação por conta de outrem).

A admissibilidade ou não do contrato de gestação de substituição varia de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, em paralelo com os limites ao princípio da liberdade contratual desse mesmo ordenamento. Conforme refere JORGE DUARTE PINHEIRO, o sistema romano-germânico contém mais restrições à autonomia privada do que o sistema anglo-americano. Por isso, não será de estranhar a separação que se observa entre os ordenamentos de um e de outro sistema no que toca à gestação de substituição. “No sistema anglo-americano, há uma oscilação entre a permissão e a proibição. No sistema romano-germânico, predomina a orientação contrária à figura da mãe portadora”⁶. Portugal seguia, até à Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a tendência manifestada nos países com maior proximidade sociocultural, determinando a nulidade dos negócios jurídicos de maternidade de substituição. Tais contratos acabariam por impor a uma das partes que ela suportasse uma gestação, havendo uma instrumentalização do corpo de uma pessoa para que outra pessoa viesse a receber um filho. Resultaria, assim, do princípio da dignidade da pessoa humana a inadmissibilidade da gestação de substituição⁷.

Como já referimos, a redação do art. 8.º, dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, admite a gestação de substituição, mas apenas nas condições nele previstas. Ou seja, a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional 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 (n.º 2).

Nos termos do seu n.º 3, a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.

⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 187.

⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 189.

⁷ V., JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2009, p. 255.

A possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição está sujeita a autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2 (n.º 4).

Admite-se apenas a celebração de contratos de gestação de substituição gratuitos, sendo proibido qualquer tipo de pagamento ou a 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, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio (n.º 5).

Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas (n.º 6).

Celebrado o contrato, impõe-se determinar o modo de estabelecer a filiação da criança que venha a nascer. Nos termos do n.º 7 do mesmo artigo, a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.

Quanto aos requisitos materiais e formais do negócio de gestação de substituição, dispõem os n.ºs 8 a 12 do art. 8.º. Assim, impõe o n.º 8 que, no tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do CNPMA e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no art. 14.º da presente lei. Também os direitos e os deveres previstos nos arts. 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo CNPMA, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (n.º 10). Tal contrato não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade (n.º 11).

Assim sendo, apenas os contratos de gestação de substituição celebrados nestes termos serão válidos, sendo nulos todos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto no art. 8.º (n.º 12).

São ainda nulos os contratos celebrados nos termos referidos, mas celebrados a título oneroso.

A este propósito, dispõe o art. 39.º da LPMA que quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (n.º 1); quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias (n.º 2); quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do art. 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias (n.º 3); quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do art. 8.º é punido com pena de multa até 120 dias (n.º 4); quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do art. 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos (n.º 5); quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos (n.º 6). A tentativa é punível (n.º 7).

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, estabelece, como vimos, as condições em que seria possível recorrer à gestação de substituição, apenas concebida para situações absolutamente excecionais e com requisitos de admissibilidade estritos. Ou seja, o recurso à gestação de substituição só seria possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, e sempre sujeito à celebração de contratos de gestação de substituição, que depende de autorização do CNPMA e audição prévia da Ordem dos Médicos.

Recentemente, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, publicado em *Diário da República*, 1.ª série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, considerou inconstitucional, com força obrigatória geral, muitos dos números do referido art. 8.º da LPMA, nomeadamente quanto à admissão da celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia, “por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Cons-

tituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1”.

Tal declaração de inconstitucionalidade faz regressar a admissibilidade da gestação de substituição à situação inicial, ou seja, tais negócios são nulos, sejam gratuitos ou onerosos. Na hipótese de um negócio desses se realizar, e traduzindo a sua nulidade, é havida como mãe da criança que vier a nascer a mulher que suportar uma gestação para outrem. Portanto, traduzindo o modo normal de estabelecimento da maternidade, esta resulta do facto biológico do nascimento. E, como já o referimos, será assim mesmo que esse vínculo não corresponda à verdade biológica, já que as células reprodutoras podem provir da mãe de receção ou até de uma terceira dadora⁸. Se a mãe de gestação for casada, a paternidade estabelecer-se-á por via da presunção da paternidade do marido da mãe (art. 1826.º do Código Civil). Caso contrário, poderá estabelecer-se por reconhecimento voluntário (perfilhação) ou judicial, nos termos gerais do Código Civil.

Sendo assim, do ponto de vista sucessório, serão herdeiros legais, para o que aqui nos importa, os descendentes e ascendentes. Estando estabelecida a filiação, da relação materno/paterno-filial decorrem efeitos sucessórios. A criança que venha a nascer em consequência de um negócio de gestação para outrem não é herdeira legal da mãe/casal de receção, mesmo que exista um vínculo biológico resultante da utilização de células reprodutoras dessa mãe ou casal.

4. A capacidade sucessória no caso de inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem* (homóloga) – uma análise dos arts. 22.º e 23.º da LPMA

Finalmente, o terceiro ponto a estudar prende-se com a capacidade sucessória no caso de inseminação artificial ou fertilização *in vitro* (homóloga)⁹ *post mortem*.

⁸ Pondo em causa as soluções legais, por não serem conformes com o superior interesse da criança, v., RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida», in AAVV, *Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, FDUP/CIJE, 2017, pp. 165 e 166, e «The dawn of a brave new world in Portugal? A critical overview of the new legal framework applicable to medically-assisted procreation», in AAVV, *The International Survey of Family Law*, Inglaterra, LexisNexis, 2017, pp. 279-281.

⁹ No caso de técnica heteróloga, como vimos, o dador nunca é havido como progenitor, não havendo, assim, a produção de quaisquer efeitos, nomeadamente sucessórios.

A inseminação artificial *post mortem* está prevista nos arts. 22.º e 23.º da LPMA¹⁰. De referir que as normas aplicam-se também à fertilização *in vitro*, por força do art. 26.º da mesma lei.

Dispõe o art. 22.º da LPMA que, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação. O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

Havendo violação da referida proibição, e daí resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. Mas se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do art. 14.º da LPMA, dê o seu consentimento a tal ato, será este considerado como pai da criança, aplicando-se ao caso o disposto no n.º 3 do art. 1839.º do Código Civil.

Já será, porém, lícita a transferência *post mortem* de 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 (art. 22.º, n.º 3, da LPMA).

São essencialmente os casos previstos nos arts. 23.º, n.º 1, e 22.º, n.º 3, da LPMA, que levarão ao nascimento de uma criança em que o pai é o falecido, que podem colocar alguns problemas sucessórios e que tentaremos analisar aqui.

Importa considerar duas situações distintas, consoante haja ou não concepção.

Se já há concepção, havendo embrião, aplica-se o art. 22.º, n.º 2, da LPMA, admitindo a transferência para o útero. Sendo, assim, a criança que virá a nascer verá a sua maternidade e paternidade estabelecida nos termos gerais e nos termos da LPMA. Estando a filiação estabelecida, e preenchidos os pressupostos da vocação sucessória, tendo capacidade sucessória enquanto nascituro, haverá produção de efeitos sucessórios legais e, eventualmente, se for o caso, testamentários.

¹⁰ Repare-se que, tal como refere PAULO NASCIMENTO, «Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios», in AAVV, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre, Magister Editora, 2008, p. 222, e nota 10, a questão discute-se a propósito da inseminação *post mortem* face ao progenitor masculino, uma vez que, se não impossível, são raríssimas as situações de nascimento de filho após a morte do progenitor feminino. Reporta o autor o caso de Susan Torres, nos EUA: estando grávida de 17 semanas, foi-lhe diagnosticado um cancro cerebral e considerada “cerebralmente morta” pela equipa médica. A manutenção artificial das suas funções vitais permitiu o nascimento de uma criança do sexo feminino.

Na verdade, aberta a sucessão, serão chamados à titularidade das relações jurídicas do falecido aqueles que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que existam e tenham a necessária capacidade. São, por isso, pressupostos da vocação: 1) a titularidade pelo chamado da designação sucessória prevalente no momento da morte; 2) a sua existência; 3) a sua capacidade sucessória¹¹.

O segundo pressuposto da vocação sucessória, e o que releva para o objeto deste trabalho, é o da existência do chamado, ou seja, exige-se uma existência posterior do chamado (o chamado deve sobreviver ao *de cuius*, ainda há de existir no momento da morte do autor da sucessão) e uma existência anterior do chamado (o chamado já há de existir no momento da morte do *de cuius*)¹².

Quanto à sucessão de nascituros já concebidos, o art. 2033.º, n.º 1, do Código Civil equipara-os às pessoas nascidas, chamando-as à sucessão (legitimária, legítima, testamentária e contratual). É evidente que tal vocação sucessória fica dependente da condição legal suspensiva do seu nascimento. De facto, os nascituros já concebidos têm uma certa existência jurídica, ainda que não tenham uma personalidade jurídica plena. Tal decorre não só do art. 66.º, n.º 2, mas também de outras normas que conferem alguns direitos aos nascituros, como o art. 1885.º (o nascituro pode ser perfilhado). Os nascituros já concebidos são chamados à sucessão, detendo uma espécie de personalidade jurídica limitada, não se tratando de qualquer exceção ao pressuposto da existência da vocação sucessória.

Assim, a solução prevista no art. 22.º, n.º 2, da LPMA, existindo um embrião, e estabelecendo-se a filiação nos termos previstos no Código Civil, está de acordo com a solução prevista no âmbito do direito sucessório.

A questão que, neste ponto, poderá colocar-se tem que ver com o estabelecimento da paternidade no caso do marido da mãe e eventual cessação da presunção, se o filho vier a nascer mais de 300 dias depois da morte do marido. Existindo embrião criopreservado e não havendo um prazo para a transferência para o útero materno, existe nascituro para efeitos sucessórios, ou seja, o art. 2033.º do Código

¹¹ Quanto aos pressupostos da vocação sucessória, v., entre outros, CRISTINA DIAS, *Código Civil Anotado, livro V, Direito das Sucessões*, coordenação de Cristina A. Dias, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 31 e ss.

¹² R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 284, destaca o facto de se falar da existência do chamado e não da sua personalidade jurídica. A personalidade jurídica só se adquire, de acordo com o art. 66.º, n.º 1, do Código Civil, com o nascimento completo e com vida e, de acordo com o art. 2033.º do mesmo código, a vocação sucessória tem lugar não apenas quanto a seres dotados de personalidade jurídica, mas também relativamente a nascituros já concebidos e até em relação a concepturos (nascituros não concebidos).

Civil apenas exige que a concepção já tenha ocorrido no momento da abertura da sucessão e não que o nascimento ocorra dentro do período de 300 dias após a morte (ainda que tradicionalmente tenha sido essa evidentemente a ideia, numa altura em que não havia concepção por recurso a técnicas de procriação medicamente assistidas). Portanto, havendo embrião, há nascituro e há sucessível (ainda que venha a nascer muito tempo depois da morte do marido da mãe).

No caso de implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão (permitida, nos termos do art. 22.º, n.º 3, da LPMA), o filho pode nascer decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai. Admitindo-se a concepção fora do organismo materno, a qualificação como nascituro dá-se a partir da concepção (seja *in vivo* ou *in vitro*), ainda que o nascimento só ocorra muito depois. Assim, existindo embrião haverá nascituro para efeitos do chamamento sucessório¹³.

Contra este entendimento, e defendendo uma interpretação restritiva, há quem afaste a qualidade de herdeiro legal (legítimo e legitimário) ao filho resultante de uma transferência de embriões *post mortem* (e existentes no momento da abertura da sucessão) e que nasça mais de 300 dias após a abertura da sucessão¹⁴. Por sua vez, JORGE DUARTE PINHEIRO considera que o princípio da não discriminação com base no nascimento resultante da utilização de técnicas de PMA afasta “uma interpretação restritiva que negue a qualidade de sucessível legal ao filho, resultante de uma implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, só porque nasceu decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai”¹⁵.

Se não há concepção, a inseminação e a fertilização são proibidas pelo n.º 1 do art. 22.º da LPMA, mas, havendo violação de tal proibição, o art. 23.º da mesma lei determina a forma de estabelecer a paternidade. Tal criança terá, assim, a sua filiação estabelecida.

¹³ Sendo assim, não poderá ter aplicação, nestes casos, a cessação da presunção da paternidade prevista no art. 1829.º do Código Civil.

¹⁴ V., OLIVEIRA ASCENSÃO, «Procriação assistida e Direito», in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p. 672.

¹⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017, p. 192. No mesmo sentido, v., TIAGO DUARTE, “*In vitro veritas?*” – *A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 114, nota 237, PAULO NASCIMENTO, «Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios», *cit.*, pp. 239 e 240, e CRISTINA DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 107.

Em consequência, e a não ser que se admita a divisibilidade do estado de filho (e, se assim for, não haverá efeitos sucessórios, violando-se, além do princípio da unidade do estado, o princípio da igualdade entre os filhos), haverá efeitos sucessórios legais (contra o disposto no art. 2033.º do Código Civil, em matéria de capacidade sucessória dos concepturos).

Na verdade, os nascituros ainda não concebidos podem vir a ser chamados apenas na sucessão testamentária ou contratual (art. 2033.º, n.º 2, al. a), do Código Civil). A admissibilidade da sucessão de concepturos na sucessão testamentária e contratual visa respeitar o princípio da liberdade negocial e testamentária e satisfazer as eventuais motivações do autor da sucessão (p. ex., o desejo do testador de afastar certas pessoas da sucessão por razões pessoais, mas já pretenda contemplar os filhos delas, por tais razões não se manterem em relação a eles, ou de evitar desigualdades entre filhos nascidos e concebidos, por um lado, e concepturos, por outro lado, quando estes últimos sejam prováveis e o testador pretenda beneficiar todos os filhos de certa pessoa)¹⁶.

Para que os nascituros não concebidos venham a ser chamados, na sucessão testamentária ou contratual, é necessário que, nos termos do art. 2033.º, n.º 2, al. a), do Código Civil, sejam filhos de pessoa(s) determinada(s), viva ao tempo da abertura da sucessão.

O chamamento de nascituros não concebidos parece uma exceção ao requisito da existência, uma vez que não há aqui uma realidade biológica, como acontece com os nascituros já concebidos. Contudo, e apesar de serem mais limitados os casos em que assumem relevância jurídica, e muito embora não tenham personalidade jurídica, parece que cabem no art. 66.º, n.º 2, do Código Civil e, portanto, a sua vocação fica também dependente da condição suspensiva do seu nascimento.

Sendo assim, a possibilidade admitida pelo art. 23.º, n.º 1, da LPMA, e o estabelecimento da paternidade a favor do marido ou do companheiro da mãe que consentiu no ato de inseminação (art. 22.º, n.º 1, da LPMA), permitirá, uma vez estabelecida a filiação, o chamamento à sucessão legal de alguém que não estava ainda concebido no momento da abertura da sucessão, contra o disposto no referido art. 2033.º, n.º 2, al. a), com as consequências daí decorrentes para a estabilidade das relações jurídicas sucessórias (a sucessão futura do concepturo abalará entretanto os vínculos sucessórios constituídos a favor de outros sucessíveis prioritários numa

¹⁶ V., PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas ao curso de 1973-1974, Coimbra, 1992, pp. 195-197, e R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 287, nota 724.

fase inicial. Por exemplo, o nascimento do concepturo ao tempo da abertura da sucessão afastará a sucessão e partilha dos bens, entretanto realizada a favor dos ascendentes do *de cuius*).

Por outro lado, no caso de o marido da mãe deixar testamento em que contempla o filho a conceber, tal disposição será nula por atentar contra o disposto no art. 22.º, n.º 1, da LPMA. Mas mesmo que se admita a sua validade, se a proibição for violada e a criança for concebida, a disposição testamentária terá de respeitar o art. 2033.º do Código Civil: filho de pessoa determinada viva ao tempo da abertura da sucessão.

Relacionado com esta questão está o problema da validade do consentimento do *de cuius* para o ato da inseminação. Uma vez que o art. 22.º da LPMA proíbe qualquer utilização do sémen do falecido, não terá qualquer eficácia um eventual consentimento deste para utilização do mesmo. Na verdade, a proibição da inseminação *post mortem* aplica-se quer tenha existido ou não tal consentimento (refere a lei que a proibição existe ainda que o falecido haja consentido).

A existência de um eventual consentimento poderá apenas relevar para efeitos do estabelecimento da paternidade, nos termos do art. 23.º, n.º 1, da LPMA. Como refere PAULO NASCIMENTO, se o marido ou o unido de facto pré-falecido não manifestou a sua vontade no que toca à inseminação, não fará sentido associar a este caso a consequência do art. 23.º, n.º 1, da LPMA e “a paternidade não deverá ser estabelecida quando não há consentimento”¹⁷. Assim, “a paternidade fundada na inseminação homóloga *post mortem* é a que foi consentida, tendo em vista um projecto de paternidade futuro”¹⁸.

O consentimento a que nos referimos não é um consentimento expressamente *post mortem*. Das informações a prestar para obtenção do consentimento dos beneficiários consta a necessária destruição do sémen em caso de morte. Assim, um consentimento para utilização de tal material genético nessas circunstâncias, a existir, será ineficaz. O que releva é que exista consentimento para a técnica de PMA escolhida e não tenha sido revogado (v. art. 14.º da LPMA).

¹⁷ PAULO NASCIMENTO, «Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios», *cit.*, p. 227.

¹⁸ PAULO NASCIMENTO, «Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios», *cit.*, p. 228. No mesmo sentido, v., SANDRA MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 118 e ss.

É o que acontece no ordenamento jurídico espanhol que, proibindo também a inseminação *post mortem*, considera como pai, em caso de violação da proibição, o marido ou unido de facto falecido, se este tiver deixado declaração expressa no sentido dessa utilização e apenas nos 12 meses após a sua morte.

O art. 18.º do Decreto n.º 415/VII (aprovado em 1999 pela Assembleia da República e depois vetado pelo Presidente da República)¹⁹ considerava que não era lícito à mulher, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, fazer-se inseminar com esperma do falecido, salvo se este tivesse consentido na inseminação e esta tivesse lugar nos três meses seguintes ao falecimento. A opção legislativa seguiu caminho diferente.

Um outro problema que a inseminação *post mortem* pode colocar, e que aquele art. 18.º também tentava resolver, tem que ver com a inexistência de um prazo para a utilização ilícita do sémen ou para a transferência do embrião. A lei refere apenas a existência de um prazo considerado ajustado à tomada da decisão no caso de transferência de embrião.

Como já referimos, o nascimento do filho após a morte do pai pode ocorrer muito tempo depois desta e da conseqüente abertura da sua sucessão. Ora, o estabelecimento da filiação, nos termos do art. 22.º, n.º 3, e sobretudo do art. 23.º, n.º 1, implica uma série de conseqüências jurídicas que resultam do estado de filho e, de entre elas, e para o que aqui nos importa, efeitos sucessórios. Assim, o facto de ser filho de alguém implica que seja também seu herdeiro (legal). O nascimento do filho nas condições aqui em análise acarretará insegurança e instabilidade das relações jus-sucessórias e a possibilidade de o filho poder, mediante o instituto da petição da herança, requerer a parte que lhe cabe na herança contra os sucessores originariamente chamados.

Só assim não será se, admitindo-se a divisibilidade do estado de filho, não existirem quaisquer outros efeitos do art. 23.º, n.º 1, da LPMA, que não o estabelecimento da paternidade. A questão que se coloca é a de saber se será possível o estabelecimento da paternidade, reconhecendo-se o vínculo da filiação e a verdade biológica, salvaguardando-se, assim, o direito constitucional à identidade pessoal e ao conhecimento da ascendência biológica, separando-se das conseqüências patrimoniais do mesmo reconhecimento e, em especial, da eventual obtenção de benefícios sucessórios. Pode alguém ser filho apenas para determinados efeitos e não para outros, como, por exemplo, os sucessórios?

Já tivemos oportunidade de expressar a nossa opinião quanto a esta questão²⁰. Julgamos que sempre se poderia assegurar o direito do filho ao conhecimento

¹⁹ V. *Diário da Assembleia da República*, II Série – A, n.º 80, de 16 de julho de 1999, pp. 2296-2301.

²⁰ «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das conseqüências jurídicas do reconhecimento da paternidade – anotação ao ac. do STJ, de 9.4.2013, Proc. 187/09», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, janeiro/março de 2014, pp. 32-59.

da sua origem genética, afastando-se os benefícios sucessórios e o estatuto patrimonial resultante do estado de filho e protegendo-se os eventuais e prévios herdeiros que legitimamente foram chamados à sucessão.

A questão tem sido discutida, na doutrina e na jurisprudência, a propósito do prazo de caducidade das ações de investigação da paternidade (ou maternidade). À luz do art. 1817.º do Código Civil, pode discutir-se se o prazo vale para todos os efeitos resultantes da filiação ou se o prazo de caducidade apenas se aplica aos efeitos patrimoniais, admitindo-se a cindibilidade do estatuto pessoal e do patrimonial e a divisibilidade do estado²¹.

Tal como JORGE DUARTE PINHEIRO, interrogamo-nos se esta será uma solução razoável à luz do princípio da indivisibilidade ou unidade do estado²². O reconhecimento da filiação e do estatuto de filho implica a produção de um conjunto de efeitos, “a atribuição de um todo complexo”. Seguindo o autor citado, a lei permite algumas derrogações, devidamente justificadas, do princípio da indivisibilidade do *status familiae*, tais como as previstas nos arts. 1603.º e 1856.º do Código Civil, que tornam, assim, viável um desvio da regra da unidade do estado no âmbito da ação de investigação e reconhecimento da filiação. Também PAULO NASCIMENTO, pronunciando-se a propósito da possibilidade de o filho concebido postumamente por recurso a técnicas de procriação medicamente assistida não ser herdeiro, admite que o vínculo da filiação, ainda que reconhecido, possa não trazer associados alguns efeitos, nomeadamente, sucessórios²³. Admite, portanto, exceções ao prin-

²¹ A defesa da não existência de um prazo de caducidade foi apresentada pela Provedoria de Justiça, na Recomendação n.º 36/B/99, de 22 de dezembro de 1999, e no Projeto de Lei n.º 92/IX, de 2002, do partido Os Verdes (<http://www.osverdes.pt/pages/posts/projecto-de-lei-nordm.-92ix-investigacao-da-paternidadematernidade-alteracao-de-prazos-3857.php>, consultado a 20 de dezembro de 2013), desde que o pretense filho renunciasse aos eventuais direitos sucessórios decorrentes do estabelecimento do vínculo. Referia GUILHERME DE OLIVEIRA, «Caducidade das ações de investigação», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, 2004, p. 13, nota 19, que esta alteração causaria mais dificuldades do que as que existem. De facto, se se tratasse da possibilidade de renúncia, por parte dos pretendidos filhos, aos efeitos patrimoniais passariam a existir duas classes de filhos, o que seria claramente inconstitucional por violação do art. 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa. Por outro lado, se se considerasse que a ação de investigação só poderia prosseguir havendo renúncia à produção dos efeitos patrimoniais, teria de aceitar-se que o estatuto de filho tem um conteúdo disponível. Finalmente, sempre se teria de determinar se a exclusão dos efeitos patrimoniais se limitava aos direitos sucessórios ou abrangeria também uma eventual prestação de alimentos (do filho em relação ao progenitor ou deste em relação ao filho).

²² JORGE DUARTE PINHEIRO, «Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil – anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10.1.2006», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15, julho/setembro de 2006, p. 52.

²³ PAULO NASCIMENTO, «Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios», *cit.*, pp. 234-237.

cípio da unidade ou indivisibilidade do estado das pessoas, das quais destaca os arts. 1819.º, n.º 2, e 1856.º do Código Civil. Decorre do art. 1819.º, n.º 2, que, se o investigante não demandar também os herdeiros e legatários cujos direitos sejam atingidos pela procedência da ação, poderá vir a ser declarado filho da falecida, mas a qualidade sucessória daqueles herdeiros e legatários não é afetada. Por seu lado, o art. 1856.º permite a perfilhação posterior à morte do filho, mas a mesma só produz efeitos em favor dos descendentes do perfilhado, restringindo-se os efeitos sucessórios do ato de perfilhação.

Assim sendo, e uma vez que desta forma se assegura o direito fundamental do filho em ver estabelecidas as suas relações de filiação, parece-nos ser de defender a possibilidade de cindir os efeitos do reconhecimento da paternidade, afirmando o direito pessoal, o estatuto da filiação, e recusando o direito patrimonial/sucessório, a propósito da solução dos arts. 22.º, n.º 3, e 23.º, n.º 1, da LPMA. Mas muito provavelmente não terá sido esta a ideia pensada pelo legislador ao apresentar a solução legislativa em análise.

5. Notas finais

Lê-se no sumário da decisão do Tribunal da Comarca de Lisboa, 10.^a vara cível, de 29 de julho de 2014, que “só é admitida a inseminação *post mortem* de embrião desde que vise realizar um projecto parental claramente esclarecido por escrito antes do falecimento do pai. Na sequência de o diagnóstico de leucemia linfóide aguda, o falecido depositou esperma para criopreservação junto do hospital, tendo assinado duas declarações de consentimento no sentido da manutenção da criopreservação do sémen e expresso por declaração de vontade que o sémen não fosse destruído de forma a poder ser utilizado pela mulher no âmbito do projeto parental de ambos. Após a morte do marido, a mulher solicitou a entrega do sémen, a fim de com ele gerar uma criança. A nível constitucional, a procriação artificial humana é concebida como um direito social cujo exercício se destina a proteger a instituição familiar, pelo que o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida apenas é admissível no seio de um casal e na medida em que se revele indispensável para superar uma situação de infertilidade que afete qualquer dos seus membros. Deste modo, os seus fins apenas deverão servir a dignidade da vida humana e o supremo interesse da criança e mesmo quando fundada no consentimento expresso da pessoa, a reprodução *post mortem* gera pessoas que nunca conhecerão o pai genético com violação do seu direito à integridade pessoal e genética, desrespeita os direitos

do homem que já faleceu e escapa à finalidade terapêutica primordial que deve guiar estas técnicas. Considerando que o esperma é uma substância que contém o código genético de alguém, apta para contribuir para a criação de um novo ser humano, não é juridicamente uma coisa, mas uma emanção da personalidade da pessoa de quem foi retirado e falecendo a pessoa, extingue-se a personalidade, devendo ser igualmente destruído o seu material genético. Nestes termos, não obstante as autorizações e declarações de vontade emitidas em vida pelo falecido, o material genético objeto de preservação é o esperma e não os embriões, pelo que a inseminação é expressamente proibida por lei”.

A solução resulta, como vimos, das disposições previstas nos arts. 22.º e 23.º da LPMA que, todavia, podem levantar algumas questões.

Na verdade, e em termos gerais, a utilização de técnicas de PMA pode colocar alguns problemas do ponto de vista sucessório. Sem prejuízo de outros que possam surgir, tentámos analisar neste contexto os aspetos sucessórios do recurso a técnicas de PMA heterólogas (com recurso a dador), as repercussões sucessórias da gestação de substituição e a capacidade sucessória no caso de inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem*. É essencialmente quanto a este último ponto que as soluções apresentadas pela LPMA, nos seus arts. 22.º e 23.º, podem colocar maiores problemas, como tivemos oportunidade de analisar.

De facto, a lei distingue consoante haja ou não um embrião já constituído, mas ambas as situações podem colocar dúvidas.

No caso de implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão (permitida, nos termos do art. 22.º, n.º 3, da LPMA), o filho pode nascer decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai. Admitindo-se a conceção fora do organismo materno, a qualificação como nascituro dá-se a partir da conceção (seja *in vivo* ou *in vitro*), ainda que o nascimento só ocorra muito depois. Assim, existindo embrião, haverá nascituro para efeitos do chamamento sucessório.

Se não há conceção, a inseminação e a fertilização são proibidas pelo n.º 1 do art. 22.º da LPMA, mas, havendo violação de tal proibição, o art. 23.º da mesma lei determina a forma de estabelecer a paternidade. Tal criança terá, assim, a sua filiação estabelecida e, em consequência, a não ser que se admita uma exceção ao princípio da indivisibilidade do estado de filho, haverá efeitos sucessórios legais (contra o disposto no art. 2033.º do Código Civil, em matéria de capacidade sucessória dos concepturos).

A lei não resolve o problema da relevância jurídica de um eventual consentimento do progenitor falecido (que pode interessar para efeitos do estabelecimento

da paternidade), nem fixa um prazo para a utilização ilícita (?) do sémen ou para a transferência do embrião. Apenas se menciona a existência de um prazo considerado ajustado à tomada da decisão no caso de transferência de embrião.

É evidente que estas soluções legais acarretam insegurança e instabilidade das relações jus-sucessórias e a possibilidade de o filho poder requerer a parte que lhe cabe na herança contra os sucessores originariamente chamados, preteridos perante o aparecimento ulterior de um herdeiro prioritário.

Tecnologia e reprodução humana: a fertilização *in vitro* trigamética

Entre o milagre da reprodução e os perigos da desumanização

Diana Coutinho

*Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora Júnior do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

Resumo: O nosso artigo enquadra-se na temática da tecnologia reprodutiva e versa nomeadamente sobre o impacto e a influência da ciência e da tecnologia na reprodução assistida. O processo de reprodução humana sofreu várias alterações nas últimas décadas: assistimos à separação do ato sexual da fecundação, à utilização do diagnóstico genético de pré-implantação, ao congelamento de óvulos e embriões, ao aumento crescente do número de crianças nascidas com auxílio às técnicas de procriação medicamente assistida, etc. Parece-nos que a tendência será para uma progressiva utilização das técnicas de reprodução assistida, além da utilização de “novas” técnicas. Entre as “futuras” técnicas destacamos o útero artificial, a clonagem, a partenogénese e a fertilização *in vitro* trigamética (FIVTG). Optamos por centrar o nosso estudo na FIVTG, pois não se encontra num futuro tão longínquo e utópico: em 2016, ocorreu o primeiro nascimento resultante da sua utilização. Esta técnica está associada, essencialmente, a doenças mitocondriais e tem como objetivo evitar que a futura mãe transmita ao filho as mitocôndrias defeituosas (causadoras de graves problemas). Existem dois procedimentos usados na FIVTG: um realizado antes da fertilização e o outro depois. Analisamos a contribuição desta técnica para fomentar e possibilitar o milagre da reprodução, refletimos sobre os seus perigos, designadamente, a eventual modificação do genoma humano e o forte risco de desumanização. Esta análise, apesar de tendencialmente jurídica, é realizada numa dupla vertente: uma análise técnico-científica da técnica e uma análise jurídica (na qual procuramos perceber qual é o papel do Direito).

Palavras-chave: Tecnologia; reprodução; Direito.

“Um edifício cinzento e atarracado, de apenas trinta e quatro andares, tendo por cima da entrada principal as palavras: CENTRO DE INCUBAÇÃO E DE CONDICIONAMENTO DE LONDRES-CENTRAL (...) – Isto – disse o Director, abrindo a porta – é a Sala da Fecundação. No momento em que o Director da Incubação e do Condicionamento entrou na sala, trezentos fecundadores, curvados sobre os seus instrumentos, estavam mergulhados naquele silêncio em que apenas se ousa respirar, naquela cantilena ou assobio inconsciente com que se traduz a mais profunda concentração”¹.

1. Tecnologia e reprodução humana

1.1. Enquadramento geral

Na Inglaterra do início do século XX, no livro *Admirável Mundo Novo*, ALDOUS HUXLEY narrou uma visão futurista, industrial/tecnológica e desumana da reprodução². Na sociedade de Huxley, os valores tradicionais da família e das relações pessoais não tinham qualquer significado (por exemplo, é referido com profundo desprezo, espanto e repugnância os termos “mãe” ou “pai” e a ideia da relação entre mãe-filho). Pelo contrário, a sociedade de Huxley era organizada e regida de acordo com princípios científicos: o processo de reprodução era inteiramente programado (desde a procriação até ao nascimento), não havia qualquer interferência do corpo humano (o embrião era implantado numa “incubadora” artificial e desenvolvido no Centro de Incubação e Condicionamento), as pessoas eram geneticamente programadas para desempenhar um papel na sociedade (de acordo com a sua casta ou grupo social).

Será que a visão futurista (e ficcional) de Huxley está próxima de se tornar realidade? A nossa inquietação surge face à evolução da ciência e da tecnologia, em particular do seu impacto no âmbito da reprodução humana. No *Admirável Mundo Novo*, entre outros aspetos, Huxley antecipou as mudanças no processo de reprodução humana ao descrever um “hipotético” futuro das técnicas de reprodução. É certo que se trata de um romance de ficção científica que tem subjacente uma mensagem crítica à sociedade da época. Todavia, a ciência e a tecnologia têm demonstrado que muitos aspetos abordados na obra de Huxley deixaram de ser uma mera utopia.

¹ Excerto do livro escrito em 1931. ALDOUS HUXLEY, *Admirável Mundo Novo*, MÁRIO HENRIQUE LEIRIA (trad.), [S.I.], Porto, Coleção Mil Folhas 47, 2003, p. 19.

² A história desenrola-se em Londres no ano de 2540.

A evolução da ciência e da tecnologia tem permitido à medicina de reprodução aproximar-se da essência da criação humana, pois cada vez mais é possível concretizar o “natural” desejo de reprodução. Assim, temos assistido a significativas alterações no fenómeno de reprodução humana: tornou-se possível conceber vidas humanas em casos que, até então, se considerava ser absolutamente impossíveis e sem qualquer esperança. A utilização das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)³ veio permitir que casais (inférteis e não só) realizassem o sonho de serem pais.

O milagre da vida está cada vez mais afastado da concepção natural. Por um lado, a fecundação (concepção) separou-se da sexualidade, pois deixou de decorrer unicamente de um ato sexual entre um homem e uma mulher. As técnicas de PMA permitem a concepção humana em laboratório, apesar de a gestação (*v.g.*, gravidez) continuar a decorrer no corpo de uma mulher. Os últimos anos ficaram marcados pelo aumento do número de crianças nascidas com recurso à PMA. Por outro lado, as técnicas de PMA⁴ permitem a reprodução com recurso a material genético doado (procriação heteróloga); o diagnóstico de alterações genéticas e cromossómicas nos embriões, antes da sua implantação, para evitar o nascimento de crianças com doenças hereditárias (diagnóstico genético de pré-implantação); servem de auxílio à gestação de substituição, entre outras funcionalidades e possibilidades.

Do ponto de vista jurídico, o Direito tem vindo a intervir na regulação de muitos aspetos inerentes à reprodução assistida. Por sua iniciativa (atuando previamente) ou porque é chamado a tomar uma posição, o Direito não é – nem pode ser – indiferente às questões de reprodução humana, sobretudo atendendo às sensíveis questões (por vezes, também éticas e morais) ou perigos que podem resultar de uma utilização indiscriminada e infundada (sem motivo patológico ou causa médica considerada justificativa). Ora, face à constante evolução da medicina da reprodução (*v.g.*, surgimento de novas técnicas), será necessário dispor de novas regras e, porventura, atualizar as existentes, respeitando os princípios fundamentais dos Estados e não ignorando a evolução da própria sociedade (e dos seus valores).

³ Em Portugal, as técnicas de PMA são reguladas pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com as alterações introduzidas pelas seguintes leis: Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, e Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. Para designar a Lei n.º 32/2006, utilizaremos a expressão lei da PMA.

⁴ Nos termos do art. 2.º da lei da PMA, são admitidas as seguintes técnicas: a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e o diagnóstico genético pré-implantação.

A regulamentação da reprodução assistida está longe de ser consensual⁵, pois, apesar de existirem valores que são comuns aos Estados para garantia da dignidade humana, assistimos a uma diversidade legislativa nesta temática. Assim, importa perceber em que medida a tecnologia reprodutiva, na tentativa de concretizar o milagre da reprodução, coloca em causa o princípio da dignidade humana e quais os seus limites. Centramos o nosso estudo na análise de uma nova técnica reprodutiva: a fertilização *in vitro* trigamética⁶. O nosso artigo procura refletir⁷ sobre as principais questões jurídicas decorrentes desta técnica, tentando perceber se corremos o risco de desumanização e como (e em que termos) o Direito pode intervir.

1.2. O futuro da tecnologia reprodutiva: as técnicas

Segundo VERA RAPOSO, “a tecnologia permitiu à geração atual controlar o futuro genético das gerações futuras, decidindo que indivíduos nascerão amanhã”⁸. Ora, que indivíduos serão estes? Quais os problemas que o Direito enfrentará com a utilização massiva e cada vez mais específica da tecnologia reprodutiva? Será o caminho para o fim da reprodução natural? Tal como se entende que há o direito à reprodução decorrente do direito a constituir família (art. 36.º da Constituição da República Portuguesa – CRP), também se entende que esse direito tem limites⁹. Sabendo que a ciência e a tecnologia evoluem a uma velocidade gritante, conhecendo o interesse cada vez maior da sociedade pelas técnicas de PMA, parece-nos pertinente perceber qual será o futuro da reprodução humana. Neste contexto, fala-se de um conjunto de “novas” técnicas nos processos de procriação e gestação, a saber, o útero artificial, a clonagem, a partenogénese e a fertilização *in vitro* trigamética.

⁵ São inúmeras as problemáticas contemporâneas em torno da reprodução assistida, por exemplo, o destino dos embriões excedentários (e a contínua discussão sobre a natureza jurídica do embrião), a utilização do diagnóstico genético de pré-implantação para fins contrários ou sem controlo, os perigos de instrumentalização e comercialização da vida humana e o turismo reprodutivo.

⁶ Doravante identificada pela sigla FIVTG.

⁷ Ainda que brevemente.

⁸ VERA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 997.

⁹ DIANA COUTINHO, «A constituição de “novas” famílias com recurso à gestação de substituição face ao direito de constituir família», in IRENE M. PORTELA (dir.), RUBÉN MIRANDA GONÇALVES, FÁBIO DA SILVA VEIGA (coords.), *Paradigmas do Direito Constitucional Atual*, edição e-book, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, pp. 167-178.

A partenogénese é uma técnica de reprodução assexuada¹⁰, isto é, pressupõe a utilização de apenas um gâmeta, o que a assemelha à clonagem (também uma técnica assexuada). No entanto, na partenogénese, é utilizada apenas o gâmeta feminino, exclui-se a contribuição masculina para a criação de um embrião¹¹. Assim, a partenogénese permite o desenvolvimento de um óvulo ao estado de embrião sem a necessidade de fecundação de um gâmeta masculino. Aliás, a partenogénese é um efetivo processo de reprodução que ocorre naturalmente, por exemplo, na reprodução das abelhas (e outros invertebrados), dos lagartos ou dos peixes. Em seres humanos, a partenogénese implicará a utilização de um mecanismo que permita o desenvolvimento de um embrião só com recurso a gâmetas femininos, nomeadamente, “mecanismos físicos, químicos ou térmicos, em termos semelhantes à clonagem”¹². A ciência e a tecnologia ainda não permitem a reprodução humana através desta técnica. O futuro poderá dizer-nos se tal será possível, porém, temos sérias dúvidas sobre a sua utilização. Qual seria o propósito? A utilização por casais de mulheres? Seria uma técnica dissociada dos problemas de infertilidade, utilizada unicamente para satisfazer o desejo de mulheres reproduzirem sem a contribuição masculina? Quais os efeitos desta técnica na criança? Seria a criança uma espécie de clone? E o superior interesse da criança onde ficaria? Seria preterido em favor do direito à maternidade? Negar-se-ia, à partida, o direito de a criança ter um pai¹³?

A clonagem reprodutiva não é uma técnica propriamente “nova”, todavia não é utilizada como técnica de reprodução humana¹⁴. Na verdade, é proibida nos termos dos arts. 7.º, 9.º e 36.º da lei da PMA¹⁵. A Constituição, no art. 26.º, n.º 3, es-

¹⁰ Contrapondo-se à procriação sexuada, isto é, à procriação que pressupõe a utilização de dois gâmetas (um feminino e um masculino).

¹¹ VERA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, cit., p. 401.

¹² *Idem, ibidem*.

¹³ Tal como acontece com algumas técnicas de PMA.

¹⁴ Sobre este tema, veja-se, a título meramente exemplificativo, LUÍS ARCHER, «Clonagem reprodutiva e não reprodutiva», in LUÍS ARCHER, JORGE BISCAIS, WALTER OSSWALD, MICHEL RENAUD (coords.), *Novos Desafios à Bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, pp. 128-131, e STELA BARBAS, *O Direito ao genoma humano, genoma humano*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 439-479.

¹⁵ No contexto internacional destacam-se, entre outros, os seguintes diplomas: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997; a Declaração sobre Clonagem Humana, de 1997, da Organização Mundial de Saúde; a Resolução sobre a Clonagem Humana, de 12 de março de 1997, do Parlamento Europeu; o Protocolo Adicional à Convenção de Biomedicina, de 12 de janeiro de 1992, do Conselho da Europa, que proíbe a clonagem em humanos; a Declaração sobre Clonagem Humana, de 8 de março de 2005, da Organização das Nações Unidas.

tabelece que “a criação, desenvolvimento e utilização de novas tecnologias e a experimentação científica” deve respeitar a dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) e a identidade genética. Ora, a clonagem reprodutiva é um método de procriação assexuada e tem como objetivo a reprodução de seres humanos geneticamente iguais, mas também pode ter finalidades terapêuticas (limitada à reprodução celular com o objetivo terapêutico) e de experimentação. Esta técnica pode resultar da transferência nuclear somática ou de cisão de embriões (cisão ou bipartição de embriões)^{16/17}.

O útero artificial ou a ectogénese¹⁸ permitirá separar totalmente o processo de reprodução do corpo feminino, pois a gravidez passará a decorrer fora do corpo da mulher. Trata-se de uma técnica que permitirá (a tornar-se possível) a conceção e desenvolvimento do embrião e do feto em ambiente artificial: no útero artificial. Esta técnica remete-nos para a visão de ALDOUS HUXLEY no *Admirável Mundo Novo*, em concreto, permite-nos fazer uma espécie de comparação entre os centros de incubação e a reprodução através do útero artificial.

2. Fertilização *in vitro* trigamética

2.1. Da noção à divergência terminológica

A fertilização *in vitro* trigamética (FIVTG) é uma técnica de PMA que decorre da “tradicional” fertilização *in vitro*. Em termos gerais, na fertilização *in vitro*, o processo de fertilização ocorre em laboratório: num tubo de ensaio¹⁹. O procedimento inicia-se com a recolha e tratamento dos gâmetas masculinos (*v.g.*, espermatozoides) e dos gâmetas femininos (*v.g.*, ovócitos). Após a recolha e tratamento

¹⁶ WILLAME CARVALHO E SILVA e VALÉRIA CRISTINA FERREIRA, *Clonagem humana: abordagem sociológica e jurídica* [em linha], VI CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, número de série 600, 2008, p. 4 [consult. 02.05.2018], disponível em: <http://historico.aps.pt/vicongresso/pdfs/600.pdf>.

¹⁷ O caso mais mediático sobre clonagem reprodutiva (ainda que em animais) é o da ovelha Dolly, nascida em 1997, cujo nascimento suscitou o largo e acesso debate sobre este tema.

¹⁸ Para um estudo mais aprofundado, veja-se DIANA COUTINHO, «O ‘futuro’ da tecnologia reprodutiva: o útero artificial», in ANABELA GONÇALVES, MARIA CLARA CALHEIROS, MARIA DE ASSUNÇÃO PEREIRA e MÁRIO MONTE (orgs.), *Direito na Lusofonia: Direito e novas tecnologias*, Braga, EDUM/JusGov, 2018, pp. 53-62, e HENRI ATLAN, *O útero artificial*, Ana M. André (trad.), [S.I.], Lisboa, Instituto Piaget, 2007.

¹⁹ PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada (e legislação complementar)*, 1.ª ed., PLMJ, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 14 e 15.

dos gâmetas, procede-se à fecundação no tubo de ensaio, dando origem ao embrião. Os embriões são mantidos em ambiente artificial “até atingirem a fase do blastocisto^{20”21}, altura em que são implantados no corpo de uma mulher²².

A fertilização *in vitro* trigamética consiste na fecundação em laboratório – tal como a fertilização *in vitro* –, mas com a particularidade de utilização de material genético de três pessoas: duas mulheres e um homem. Assim, são utilizados gâmetas femininos (ovócitos) de duas mulheres e um gâmeta masculino (espermatozoide), perfazendo a junção de três ADNs²³ distintos (a criança nasce com três códigos genéticos)²⁴.

A terminologia²⁵ utilizada para designar esta técnica não é homogénea e consensual, pois existem várias designações, conforme veremos *infra*. Essas designações são alvo de críticas pelo facto de a nomenclatura ser suscetível de transmitir uma ideia errada ou falsa da técnica, não correspondendo efetivamente ao seu significado e procedimento. E quais são essas expressões? Além da fertilização *in vitro* trigamética, encontramos expressões como doação mitocondrial, terapia mitocondrial, transferência mitocondrial, substituição mitocondrial, modificação mitocondrial, bebés de três pais, entre outros²⁶.

Não entrando em aprofundada discussão sobre a divergência conceptual – muito dependente de explicações científicas –, adotamos preferencialmente a ex-

²⁰ Embrião com cinco ou seis dias.

²¹ PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada...*, cit., p. 15.

²² A injeção intracitoplasmática de espermatozoides decorre também da fertilização *in vitro*, a diferença é que o espermatozoide é injetado diretamente no ovócito. *Idem, ibidem*.

²³ O ADN (ácido desoxirribonucleico) é uma molécula constituída “por quatro tipos de unidades químicas banais – os nucleótidos (abreviadamente representados pelas letras A, T, C e G). Quatro letras triviais que se encadeiam e se sucedem, por uma ordem específica que é o segredo de cada vida, num número total de cerca de três milhões”, ou seja, o genoma que existe em cada célula humana. É o ADN que contém as características hereditárias da anatomia e fisiologia humana. LUÍS ARCHER, «O genoma humano», in LUÍS ARCHER, JORGE BISCAIS, WALTER OSSWALD, MICHEL RENAUD (coords.), *Novos Desafios à Bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, p. 137, e STELA BARBAS, *O Direito ao genoma humano...*, cit.

²⁴ Com ADN nuclear dos futuros pais e ADN mitocondrial da dadora. VERA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, cit., p. 394. Mais adiante veremos como se desenrola o procedimento.

²⁵ Crf. ERICA HAIMES e KEN TAYLOR, «Rendered invisible? The absent presence of egg providers in U.K. debates on the acceptability of research and therapy for mitochondrial disease», *Monash Bioeth Review* [em linha], 33, 2015; pp. 364–365 [consult. 14.04.2018], disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4801981/>.

²⁶ Crf. AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», in *EMBO Molecular Medicine* [em linha], 8 (6), 2016, p. 589 [consult. 14.04.2018], disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4888849/>.

pressão FIVTG, por consideramos ser a expressão mais neutra e que melhor reflete o significado da técnica. De facto, esta expressão parece-nos suscitar menos confusão/equívocos sobre como se processa (utilização de três gâmetas) e o que é efetivamente substituído. A nossa posição decorre de uma análise comparativa das diferentes expressões utilizadas para designar a técnica e da ponderação do respetivo grau de fiabilidade/transparência em refletir a sua concretização prática e real. Por exemplo, no Reino Unido (conforme veremos melhor *infra*), é utilizada a expressão doação mitocondrial. Ora, quer esta designação, quer “substituição” ou “transferência” mitocondrial não nos parecem refletir a terminologia mais adequada e correta, porquanto espelham a ideia de que a técnica se limita a uma doação (transferência ou substituição) das mitocôndrias²⁷. Porém, na realidade, o que acontece nesta técnica não se limita a mera doação ou substituição de mitocôndrias – conforme veremos na explicação da técnica –, o objetivo é retirar o ADN nuclear (sem as mitocôndrias prejudiciais) de um óvulo (da mulher n.º 1, *v.g.*, beneficiária da técnica)²⁸ e transferi-lo para o óvulo de uma dadora²⁹ (da mulher n.º 2)³⁰. Assim, simultaneamente é retirado o ADN nuclear do óvulo doado (da mulher n.º 2) para que possa receber o ADN nuclear da mulher n.º 1³¹. O óvulo da dadora é depois fertilizado com o gâmeta masculino (*v.g.*, futuro pai da criança) e será implantado no corpo da mulher n.º 1 (beneficiária). Portanto, o objetivo da FIVTG não é doar ou transferir mitocôndrias para o óvulo da beneficiária, mas afastar as mitocôn-

²⁷ As mitocôndrias são pequenas estruturas presentes no citoplasma das células que produzem energia e também abrigam o seu próprio ADN (ADN distinto e separado do principal volume de ADN localizado no núcleo da célula). Se as mitocôndrias estiverem com defeito, a célula não pode executar a sua função. Elas existem em todas as células do nosso corpo. As mitocôndrias de um futuro bebé estão no citoplasma do ovócito, ou seja, são herdadas do gâmeta feminino. O núcleo de uma célula contém 99,8% do nosso ADN (chamado ADN nuclear), enquanto as mitocôndrias da célula contêm apenas uma quantidade irrisória de material genético (entre 0,2 e 0,1%). Crf. KINGSLEY NAPLYE, *First cases of mitochondrial donation therapy in the UK and why the “three-parent baby” headlines are misleading* [em linha], 2 de fevereiro de 2018, p. 1 [consult. 14.04.2018], disponível em: <https://www.kingsleynapley.co.uk/insights/blogs/family-law-blog/first-cases-of-mitochondrial-donation-therapy-in-the-uk-and-why-the-three>.

²⁸ É a mulher que sofre de uma doença mitocondrial (pelo menos em tese, pois a técnica poderá ser usada para outros fins).

²⁹ Adotamos a expressão “dadora” (aquela que dá), por ser a adotada na lei da PMA, sem prejuízo de considerarmos a expressão “doadora” (aquela que doa) como adequada, pois trata-se de uma doação (e não uma venda) de óvulos.

³⁰ O “óvulo” hospedeiro ou recetor.

³¹ O ADN nuclear da mulher n.º 2 é inutilizado. Como veremos adiante, este é apenas um dos tipos de FIVTG; o outro tipo implica fazer o procedimento em embriões. Ambos têm o mesmo objetivo e não existe transferência de mitocôndrias.

drias defeituosas para que se possa proceder à fertilização. Há efetivamente uma doação, pois a dadora vai doar o seu óvulo liberto do ADN nuclear contendo apenas as suas mitocôndrias. Há efetivamente uma transferência ou substituição, mas do ADN nuclear da mulher n.º 1 e não das mitocôndrias. É certo que a dadora contribui com as suas mitocôndrias (não são retiradas do óvulo doado), todavia aquelas expressões são tendencialmente traiçoeiras, podendo suscitar confusão sobre o que é efetivamente transferido e substituído. Em alternativa, seria mais correto utilizar a expressão transferência do ADN nuclear. Por outro lado, as expressões doação/transferência/substituição parecem sugerir que a dadora de óvulos apenas contribui com mitocôndrias, o que não corresponde à realidade. O óvulo “recetor” ou “hospedeiro” contém as mitocôndrias da dadora (mulher n.º 2), mas também toda a estrutura e substância exigidas pelo ADN nuclear transferido da mulher n.º 1 e do material genético do homem³². Assim, o óvulo doado não é um mero hospedeiro ou recetor: há influências, ainda que mínimas, do ADN da dadora.

2.2. O nascimento do primeiro bebé

Apesar da inserção desta técnica na temática do futuro da reprodução assistida, a realidade é que a mesma já não é mera ficção científica ou encontra-se num futuro longínquo: em 2016, ocorreu, no México³³, o nascimento do primeiro bebé (um menino) com recurso à FIVTG³⁴. O acontecimento foi divulgado, em setembro

³² Crf. ERICA HAIMES e KEN TAYLOR, «Rendered invisible?...», *cit.*, p. 364.

³³ País que não prevê nem regula a técnica.

³⁴ Em finais dos anos 90, nos EUA, como forma de aumentar as probabilidades de sucesso das técnicas de PMA (combatendo os casos de infertilidade), investigadores combinaram material genético de três pessoas, mas utilizaram uma técnica com algumas diferenças (transferência do citoplasma com mitocôndrias saudáveis de uma dadora para o ovócito da futura mãe; de seguida, procederam à fertilização daquele ovócito). Da técnica nasceram cerca de 17 crianças, mas algumas demonstravam problemas, tais como: distúrbios de desenvolvimento, enxaquecas, etc. Tais consequências levaram a Food and Drug Administration (a agência responsável pela regulação de medicamentos, alimentos e tratamentos médicos) a suspender o procedimento. Em 2001, investigadores americanos utilizaram o tecido do citoplasma (parte envolvente do núcleo do óvulo) de uma mulher fértil e implantaram-no depois da fecundação no óvulo de uma mulher infértil (milhares de crianças nasceram com recurso a esta técnica). No entanto, face aos problemas éticos e jurídicos suscitados, também esta técnica foi suspensa. NICOLAU FERREIRA, «Nasceu bebé com três pais graças a nova técnica», in *Público* [em linha], 2016 [consult. 11.04.2018], disponível em: <https://www.publico.pt/2016/09/27/ciencia/noticia/nasceu-bebe-com-tres-pais-gracas-a-nova-tecnica-1745364>.

de 2016³⁵, pela revista britânica *New Science*. Da informação tornada pública consta que foi utilizado material genético de três pessoas: dos pais (genéticos e legais) e de uma dadora. A utilização da FIVTG teve como objetivo evitar a transmissão de uma doença genética. A mãe legal (que também contribuiu com material genético) tem mutações genéticas da síndrome de Leigh. Trata-se de uma doença neurológica, sem cura, que afeta o desenvolvimento do sistema nervoso, provocando a destruição progressiva do sistema nervoso central. Face ao risco de transmissão – o que já havia acontecido anteriormente³⁶ –, o casal, natural da Jordânia, decidiu recorrer a esta técnica³⁷ como última esperança para terem um filho biológico. O processo de concepção decorreu da seguinte forma: na primeira etapa, procedeu-se à recolha do material genético dos três elementos referidos *supra*; na segunda etapa, procedeu-se à substituição do núcleo do ovócito que continha as mutações da síndrome de Leigh (óvulo da mãe legal) pelo núcleo saudável da dadora de óvulos; e a terceira etapa correspondeu à fecundação recorrendo à fertilização *in vitro*, tendo o embrião sido implantado no útero da mulher jordana.

Em janeiro de 2016, na Ucrânia³⁸, nasceu também um bebé com genes de três pessoas. Foi fertilizado o óvulo da mãe com espermatozoides do marido e, de seguida, foi transferida a combinação de genes para o núcleo do óvulo de uma dadora³⁹. Todavia, neste caso, não existia qualquer doença mitocondrial, a técnica foi utilizada porque o casal era infértil (após 15 anos de tentativas de gravidez, incluindo com apoio da fertilização *in vitro*): a equipa médica considerou que, em alternativa às técnicas tradicionais, esta técnica resultaria naquele casal. Ora, a utilização da técnica para outros fins abre a porta a uma utilização diversa (e indiscriminada), o que nos leva a questionar, mais adiante, quando e quem poderá recorrer.

³⁵ *Idem, ibidem*.

³⁶ Antes deste nascimento, o casal teve dois bebés que acabaram por falecer com a síndrome de Leigh (além de vários abortos sofridos).

³⁷ Parece que o objetivo subjacente à técnica – não transmissão da doença – foi alcançado. Os exames realizados ao bebé, em 2016, mostravam que apenas 1% das suas mitocôndrias tinham aquela mutação genética. NICOLAU FERREIRA, «Nasceu bebé com três pais graças a nova técnica», *cit.*

³⁸ A Ucrânia regula a PMA de forma ampla e com raras restrições, encarando-a como um negócio oneroso (pense-se no exemplo da gestação de substituição que é permitida a título oneroso) [consult. 12.05.2018], disponível em: <http://sicnoticias.sapo.pt/mundo/2017-01-18-Bebe-nasce-na-Ucrania-com-ADN-de-tres-pais>.

³⁹ Foi utilizada a técnica de transferência pronuclear de que falaremos mais adiante.

2.3. A FIVTG no Reino Unido

O único país que admite o recurso à FIVTG é o Reino Unido⁴⁰, desde 2015⁴¹, apesar de ainda não ter ocorrido qualquer nascimento com utilização da mesma. A aprovação da técnica, designada por doação mitocondrial⁴², introduziu alterações à Human Fertilisation and Embryology Act 1990⁴³ e tem como objetivo evitar a transmissão de doenças genéticas (mitocondriais) graves⁴⁴. A técnica permite que o ADN mitocondrial defeituoso contido no óvulo da beneficiária (mãe legal e também genética) seja substituído pelo ADN saudável de uma dadora e tem como intuito evitar que as mutuações prejudiciais sejam herdadas⁴⁵. As doenças mitocondriais assumem diversas formas, algumas das quais são provocadas por mutuações no ADN contido em cada mitocôndria⁴⁶.

Volidos três anos da aprovação desta técnica, a Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia (HFEA) deu autorização para o nascimento das primeiras crianças⁴⁷. As futuras mães são duas mulheres diagnosticadas com síndrome de MERRF (Myoclonic Epilepsy with Ragged Red Fibers), ou seja, uma doença mitocondrial multisistémica que altera o metabolismo energético das células. Atingindo o sistema nervoso central⁴⁸, pode provocar espasmos, fraqueza e aperto progressivo nas fibras musculares, dificuldade para coordenar movimentos, convulsões e doenças cardíacas.

⁴⁰ Sobre esta temática, veja-se VERA RAPOSO, «Is Three a Crowd in Reproduction? (The Authorization of Mitochondrial Donation in the UK)», *JBRA Assisted Reproduction*, vol. 19, n.º 4, outubro/dezembro de 2015, pp. 252-258.

⁴¹ Aprovada pela The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015, n.º 572: Lei de Fertilização Humana e Embriologia (Doação Mitocondrial), 2015, n.º 572, disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2015/9780111125816/contents>.

⁴² Expressão original: mitochondrial donation

⁴³ Artigo 35A. do Human Fertilisation and Embryology Act 1990, alterado em 2008.

⁴⁴ HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY, *Mitochondrial donation treatment*, disponível em: <https://www.hfea.gov.uk/treatments/embryo-testing-and-treatments-for-disease/mitochondrial-donation-treatment/>.

⁴⁵ Ambos os sexos podem herdar a doença, mas são apenas as mulheres que estão em risco de transmitir a doença aos seus filhos. Assim, o ADN mitocondrial é herdado do elemento feminino, enquanto o ADN nuclear é resultado da combinação de gâmetas feminino e masculino. Cfr. SARAH SALMAN, *Ethical and Legal Thought on Mitochondrial Donation* [em linha], Research Center for Islamic Legislation and Ethics, 2015 [consult. 14.04.2018], disponível em: <https://www.cilecenter.org/en/articles-essays/ethical-and-legal-thought-on-mitochondrial-donation/>.

⁴⁶ ERICA HAIMES e KEN TAYLOR, «Rendered invisible?...», *cit.*, p. 360.

⁴⁷ Para uma clínica utilizar esta técnica, precisa de obter a respetiva licença.

⁴⁸ SAM SHERRAT, «Women selected for mitochondrial donation in UK», *BioNews* [em linha], 936, 2018 [consult. 14.04.2018], disponível em: https://www.bionews.org.uk/page_96351.

No Reino Unido, a técnica não coincide totalmente com o procedimento seguido no nascimento do primeiro bebé com três ADNs. Desde logo, a técnica aplica-se quando existe o risco de transmissão da doença mitocondrial, quer no ovócito⁴⁹, quer em embrião⁵⁰. Isto é, existem dois procedimentos usados na doação mitocondrial: um realizado antes da fertilização *in vitro* (incide sobre o óvulo) e o outro depois da fertilização *in vitro* (incide sobre o embrião). No primeiro caso, é designado por Maternal Spindle Transfer (MST)⁵¹ e, no segundo caso, por Pronuclear Transfer⁵² (PNT)⁵³. Em ambos, os óvulos e os embriões são criados utilizando material genético nuclear dos beneficiários e as mitocôndrias saudáveis contidas no óvulo doado por um terceiro elemento. Em ambos, os óvulos e os embriões não podem ser usados para qualquer outro fim que não o pretendido para a técnica.

O procedimento maternal spindle transfer⁵⁴ divide-se em três etapas (crf. ponto 4 da Regulations 2015). Na primeira etapa, é removido todo o ADN nuclear (que contém os cromossomas nucleares) do óvulo designado por óvulo A (é o óvulo saudável, o óvulo da dadora) e do óvulo designado por óvulo B (é o óvulo não saudável, que contém as mitocôndrias defeituosas)⁵⁵. Ou seja, o objetivo é a remoção do ADN nuclear do óvulo que contém as mitocôndrias afetadas e sua inserção no

⁴⁹ Transcrevemos *infra* o ponto 5 da The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015: “Permitted egg: circumstances 5. The circumstances referred to in regulation 3(b) are that – (a) the Authority has issued a determination that – (i) there is a particular risk that any egg extracted from the ovaries of a woman named in the determination may have mitochondrial abnormalities caused by mitochondrial DNA; and (ii) there is a significant risk that a person with those abnormalities will have or develop serious mitochondrial disease; and (b) egg B was extracted from the ovaries of the woman so named”.

⁵⁰ Transcrevemos *infra* o ponto 8 da The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015: “Permitted embryo: circumstances 8. The circumstances referred to in regulation 6(b) are that – (a) the Authority has issued a determination that – (i) there is a particular risk that any embryo which is created by the fertilisation of an egg extracted from the ovaries of a woman named in the determination may have mitochondrial abnormalities caused by mitochondrial DNA; and (ii) there is a significant risk that a person with those abnormalities will have or develop serious mitochondrial disease; and (b) embryo B was created by the fertilisation of an egg extracted from the ovaries of the woman so named”.

⁵¹ Transferência nuclear de fuso ou transferência do fuso mitótico (tradução nossa).

⁵² Transferência pronuclear (tradução nossa).

⁵³ São os dois tipos de tratamento de doação mitocondrial, ou seja, as duas formas de utilização desta técnica.

⁵⁴ Crf. AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», *cit.*, pp. 589-591.

⁵⁵ Crf. ponto 4 do Regulations 2015.

óvulo doado⁵⁶. Na segunda etapa, todo o ADN nuclear do óvulo B⁵⁷ é transferido para o óvulo A⁵⁸, formando-se o óvulo P, que não sofre qualquer alteração no ADN nuclear ou mitocondrial (uma vez que é criado por meio da aplicação deste processo – crf. al. c) do ponto 3 do Regulations 2015)⁵⁹. Na terceira etapa, procede-se à fecundação, recorrendo à fertilização *in vitro*, ou seja, o óvulo P é fertilizado com o espermatozoide, criando um embrião.

O procedimento pronuclear transfer divide-se em quatro etapas. Num primeiro momento, recorre-se à fertilização *in vitro* para proceder à fecundação do(s) óvulo(s) da beneficiária (mãe legal e genética) com o(s) espermatozoide(s) (*v.g.*, pai) e à fecundação do(s) óvulo(s) da dadora com o(s) espermatozoide(s) do pai, dando origem a dois grupos de embriões. Num segundo momento, é retirado o material genético nuclear (o ADN nuclear) dos dois embriões: o embrião A (saudável, resultado da fertilização dos gametas da dadora e do pai) e o embrião B (com mitocôndrias não saudáveis, resultado da fertilização dos gametas dos beneficiários). Num terceiro momento, o ADN nuclear do embrião B é inserido no embrião A, ou seja, o material genético nuclear do embrião B é transferido para o embrião A (que contém as mitocôndrias saudáveis e cujo núcleo já foi removido). Por último, o embrião é implantado no útero da beneficiária (crf. ponto 7 do Regulations 2015).

Nos Estados Unidos da América (EUA), a técnica é proibida. O Congresso Americano proibiu o uso de técnicas suscetíveis de alterar os genes, incluindo a FIVTG⁶⁰. A National Academies of Science, Engineering and Medicine (NASEM)⁶¹, em 2016, recomendou que uma utilização desta técnica só possa ser realizada em certas condições e somente se poderá proceder à implantação de embriões masculinos⁶².

⁵⁶ AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», *cit.*, p. 589.

⁵⁷ Ou seja, é transferido o núcleo essencial das células sem o ADN das mitocôndrias defeituosas.

⁵⁸ “3) In step 2 all the nuclear DNA of egg B which is not polar body nuclear DNA is inserted into egg A”.

⁵⁹ O ovo P não é materialmente um terceiro óvulo, mas apenas o resultado da transferência do material genético do ovo B para o ovo A. É o resultado da união do óvulo doado com o ADN nuclear do óvulo da beneficiária.

⁶⁰ Crf. JOHN D. LOIKE e NANCY REAME, «Opinion: Ethical Considerations of “Three-Parent” Babies’», *The Scientist Magazine* [em linha], dezembro de 2016, p. 1, disponível em: <https://www.the-scientist.com/?articles.view/articleNo/47725/title/Opinion--Ethical-Considerations-of--Three-Parent--Babies/>.

⁶¹ Comitê das Academias Nacionais de Ciências, Engenharia e Medicina (NASEM).

⁶² AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», *cit.*, p. 589.

2.4. FIVTG versus o diagnóstico genético de pré-implantação (DGPI)

Será que a FIVTG se pode incluir na técnica de DGPI? São técnicas autónomas ou dependentes? Vejamos, sucintamente, o que estas técnicas têm em comum e o que as distingue.

O DGPI é uma técnica de PMA admitida na ordem jurídica portuguesa (crf. arts. 2.º, n.º 1, al. d), 28.º e 29.º da lei da PMA). Esta técnica é realizada antes da implantação dos embriões e tem como objetivo detetar anomalias graves (evitar a transmissão de doenças genéticas graves ou de graves anomalias cromossomáticas), conforme está consagrado no art. 28.º da lei da PMA. Assim, os embriões que não estiverem em “condições de se desenvolver com sucesso” não são implantados⁶³. Conforme decorre do art. 29.º da lei da PMA, “o DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência”.

A FIVTG também tem como objetivo impedir (erradicar) a transmissão de doenças mitocondriais. Contudo, para evitar a transmissão de tais doenças, não é suficiente o recurso ao DGPI, ou seja, a utilização “normal” de uma técnica de PMA para depois se verificar se o embrião sofre de alguma anomalia. A utilização do DGPI não permite encontrar um embrião saudável, apenas permite identificar e impedir a implantação dos embriões identificados com anomalias. Por conseguinte, só com o procedimento da FIVTG – melhor explicado *supra* – é que se consegue evitar a transmissão de doenças mitocondriais, pois as mitocôndrias defeituosas não são transferidas para o óvulo doado e implantado.

Nesta medida, respondendo à nossa questão, a FIVTG não é sinónimo de DGPI: são técnicas autónomas. Não obstante, ambas são técnicas de tratamento de doenças genéticas, suscitam bastante renitência e posições contraditórias: entre a defesa do recurso a estas técnicas até à defesa da erradicação das mesmas, pois são técnicas permissíveis de potenciar um elevado risco de eugenismo⁶⁴ (uma escolha projetada de bebés), questões inerentes à seleção dos embriões, ao destino a dar aos embriões excedentários, entre tantas outras que analisaremos um pouco mais adiante.

⁶³ PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada...*, cit., p. 15.

⁶⁴ O eugenismo consiste na “modificação genética de um embrião com vista à obtenção de determinadas características que se considerem desejáveis”. RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, «Comentário ao art. 26.º da CRP», in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (orgs.), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 631.

2.5. Onde fica o Direito?

a) Notas gerais

O estudo aprofundando deste tema, desde as questões técnico-científicas às problemáticas da técnica, está além do escopo do nosso artigo⁶⁵. No entanto, pretendemos, sinteticamente, enunciar algumas das eventuais problemáticas jurídicas que a técnica suscita (sem negar a sua problemática ética e moral).

Focando-nos no Direito, esta técnica suscita uma panóplia de questionamentos: desde a legitimidade de acesso à técnica, inquietações atinentes a uma eventual modificação genética dos seres humanos, o anonimato do dador *versus* o direito ao conhecimento das origens genéticas, a destruição dos embriões excedentários e inutilizáveis, o cariz instrumental da dadora de óvulo (será que é encarada como um meio para atingir um fim?), o risco de eugenismo, entre tantas outras⁶⁶.

No ordenamento jurídico português, não é admitida a técnica, conforme referimos *supra*, somente é permitido recorrer às técnicas de PMA previstas no (e nos termos do) art. 2.º da lei da PMA. No entanto, a ausência de regulamentação legal não é sinónimo de negação da técnica ou de a considerar como atentatória de princípios e valores fundamentais da nossa ordem jurídica. Parece-nos que a “ausência” é resultado do próprio estado de evolução da FIVTG. Por um lado, a investigação científica é relativamente recente (tem poucos anos), começando a apresentar resultados da efetiva possibilidade de utilização, mas desconhecendo os impactos e efeitos que poderá ter na criança que venha a nascer (se efetivamente elimina a doença mitocondrial, a influência do ADN da dadora, etc.). Por outro lado, não podemos ignorar que apenas um país regulamentou esta matéria, o Reino Unido, não tendo ainda ocorrido qualquer nascimento. Ora, os receios eugénicos (de modificação genética) inerentes à natureza da técnica suscitam bastantes entraves e dúvidas sobre se a mesma poderá (e deverá) ser aplicada.

⁶⁵ Reconhecemos que tivemos necessidade de fazer um enquadramento mais técnico-científico para entender a técnica e perceber quais os problemas jurídicos que podem resultar da sua aplicação.

⁶⁶ AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», *cit.*, p. 589.

b) O princípio da dignidade da pessoa humana

Comparando com o atual quadro legislativo em matéria de reprodução assistida, em especial no ordenamento jurídico português, a FIVTG⁶⁷ só poderá ser admitida se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1.º da CRP, no art. 1.º da lei da PMA e em vários diplomas internacionais. O primado da dignidade da pessoa humana é a base de todo o direito e assume uma importância especial em matéria de reprodução humana, em particular na reprodução assistida. Os principais problemas prendem-se com os perigos da utilização da tecnologia para alterações genéticas ou para a criação de bebés projetados com base em escolhas medicamente não justificáveis (tais como, escolha de raça ou a cor dos olhos), o que fomenta o risco de eugenismo e atenta contra a dignidade humana. Lado a lado andam os receios de instrumentalização do ser humano, o tratamento da pessoa como um meio para atingir um determinado fim, o risco de comercialização associado às técnicas de PMA, a não proteção do superior interesse da criança nascida da técnica. Ora, todos estes receios surgem também na aplicação da FIVTG. Será que esta técnica garante efetivamente o respeito pela dignidade humana? Não estará o Homem a querer substituir-se à natureza humana?

As tecnologias reprodutivas devem respeitar a dignidade humana e a identidade genética (crf. art. 26.º, n.º 3, da CRP). Para garantir o respeito pela identidade genética, é necessário que as técnicas de PMA não promovam o eugenismo. O art. 13.º da Convenção de Oviedo⁶⁸ estabelece que “uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano apenas pode ser efetuada por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas, e apenas se a finalidade não for a de introduzir uma modificação no genoma da descendência”. O art. 8.º da lei de informação genética pessoal e informação de saúde (Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro) estabelece que “a intervenção médica que tenha como objecto modificar intencionalmente o genoma humano só pode ser levada a cabo, verificadas as condições estabelecidas nesta lei, por razões preventivas ou terapêuticas”⁶⁹. Aquela lei proíbe, no n.º 2 do art. 8.º, “qualquer intervenção médica que tenha por objectivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa”⁷⁰. O art. 16.º, n.º 1, da mesma lei refere que a “investigação sobre o

⁶⁷ Tal como qualquer técnica de PMA.

⁶⁸ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina.

⁶⁹ O n.º 1 do referido artigo.

⁷⁰ Associado ao direito à privacidade da informação genética.

genoma humano segue as regras gerais da investigação científica no campo da saúde, estando obrigada a confidencialidade reforçada sobre a identidade e as características das pessoas individualmente estudadas”. Por fim, importa referir que o art. 11.º, n.º 2, da mesma lei proíbe a discriminação em função das características genéticas. Assim, urge perceber se a FIVTG constitui uma alteração genética.

c) Modificação genética e instrumentalização da dadora

O nascimento do primeiro bebé através da FIVTG fomentou o debate mais profundo sobre a técnica e trouxe para os meios de comunicação social a expressão “bebé de três pais”. Nessa medida, uma das principais controversas desta técnica tem sido perceber se a mesma se traduz numa alteração genética e se a criança tem de facto três progenitores. Como vimos *supra*, o ADN nuclear pertence aos futuros pais da criança (ao pai e à mãe), contudo, o ADN mitocondrial pertence à dadora do óvulo: há de facto elementos genéticos (ADN) de três sujeitos distintos. Para os investigadores, a resposta à nossa inquietação está na proporção de ADN, isto é, na contribuição genética de cada sujeito. De acordo com a explicação científica, cerca de 99,9% do ADN do ser humano está nos cromossomas do ADN nuclear (quase 23.000 genes)⁷¹. Pelo contrário, o ADN mitocondrial representa somente 0,1% do ADN do ser humano⁷². Assim, a contribuição genética dos pais da criança será esmagadoramente maior do que da dadora de mitocôndrias e do óvulo receptor: cerca de 99% contra 0,1% ou 0,2%.

É o ADN nuclear que define as características físicas (cor de cabelo, de olhos, etc.) e a personalidade, o ADN mitocondrial não contribui para essa definição⁷³. As mitocôndrias apenas permitem fornecer a energia necessária para que as células funcionem normalmente. Portanto, a ciência – face à contribuição mínima do ADN mitocondrial – parece transmitir a mensagem de que a criança nascida por esta técnica não é filha de três pais⁷⁴. Tal contribuição não é suficiente para que a criança

⁷¹ Crf. ERICA HAIMES e KEN TAYLOR, «Rendered invisible?...», *cit.*, p. 373.

⁷² *Idem, ibidem.*

⁷³ *Idem, ibidem.*

⁷⁴ Vera Raposo considera a expressão “criança com três pais” enganosa, pois a criança herda apenas 37 genes da dadora, enquanto dos beneficiários herdará entre 20000-30000 genes. Além disso, refere que, embora o estado de saúde de uma pessoa possa condicionar a identidade pessoal, no caso o ADN mitocondrial, a verdade é que existem tantos outros fatores (o meio ambiente, a educação e a alimentação) que a podem condicionar, mas tal não significa que o ADN mitocondrial tenha o poder de moldar a identidade de uma pessoa. VERA RAPOSO, «Is Three a Crowd in Reproduction?...», *cit.*, p. 254.

venha a ter características da dadora e tão-pouco para que esta possa assumir quaisquer direitos e obrigações. Por exemplo, no Reino Unido, a legislação determina que a dadora é apenas considerada como tal, nunca como progenitora, não tendo quaisquer direitos e obrigações inerentes à maternidade. Para o direito inglês, a mãe legal da criança é a mãe gestacional (que dá à luz a criança), neste caso, será a mulher que recorre à técnica de FIVTG⁷⁵.

Em sentido contrário, como referimos *supra*, a ciência sustenta que a dadora não contribui apenas com o ADN mitocondrial, mas também fornece o ambiente inicial propício para o desenvolvimento do embrião (o óvulo que será fertilizado é o da dadora, apesar de desprovido do seu ADN nuclear)⁷⁶. A dadora não pode ser encarada como um objeto nem instrumentalizada: sem ela, a técnica não se concretiza. É a contribuição da dadora que permitirá que a criança nasça sem o ADN mitocondrial defeituoso da mãe. A FIVTG, ao “desvalorizar” a contribuição do ADN da dadora, parece tratá-la como um meio para atingir um fim. A lei inglesa equipara a doação mitocondrial à doação de órgãos (tecidos, etc.)⁷⁷ e transfusão de sangue. As razões para este tratamento são as mais diversas e podem ter como objetivo “ocultar” ou minimizar o real contributo da dadora (ainda que possa ser mínimo) para as características físicas ou psicológicas da criança⁷⁸. Assim, se entendermos que a contribuição genética é fulcral para a determinação das características da criança, podemos equiparar esta técnica à doação de óvulos ou espermatozoides (com as inerentes consequências legais).

Numa outra perspetiva, há quem entenda⁷⁹ que esta técnica é desnecessária porque não cura a doença e os beneficiários podem recorrer à doação de óvulos. Contra a técnica surge ainda o argumento de que nem todos os portadores de doenças mitocondriais desenvolvem a doença, portanto, não se justifica o recurso a uma técnica quando não existe o “risco” absoluto de desenvolvimento da doença. Não nos parecem argumentos sustentáveis para afastar aplicação da técnica, pois a aceitação dos mesmos seria negar também o recurso ao DGPI. Isto é, o recurso ao DGPI também não elimina a doença do portador, mas permite que não seja transmitida para o seu descendente. O mesmo acontece na FIVTG: não se elimina ou cura a doença da mãe, mas permite que a criança não nasça com as mitocôndrias

⁷⁵ Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) 2008, 33.

⁷⁶ *Idem, ibidem*.

⁷⁷ Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA), 2013, 6.64.

⁷⁸ Crf. ERICA HAIMES e KEN TAYLOR, «Rendered invisible?...», *cit.*, p. 373.

⁷⁹ *Idem, ibidem*.

defeituosas. Além disso, na doação de óvulos a reprodução é heteróloga (mesmo tendo o elemento masculino contribuído com os seus gâmetas), não concretizando em pleno o desejo do filho biológico. Por seu turno, a FIVTG – apesar da contribuição do ADN mitocondrial da dadora –, está mais próxima do alcance do filho biológico (a genética predominante é dos futuros pais).

A FITVG provoca efetivamente uma modificação do genoma humano⁸⁰? Neste aspeto reside o cerne da questão, as dúvidas, as desconfianças, as reticências e a negação desta técnica. Será que há violação do genoma humano? Há modificação genética da criança? A ciência tem dividido este tema consoante o sexo da criança que venha a nascer: seja do sexo feminino ou masculino. Vejamos, qualquer criança (menino ou menina) herda as mitocôndrias da dadora, mas só as meninas poderão no futuro transmitir essas mitocôndrias aos seus filhos porque as mitocôndrias são transmitidas pelo elemento feminino⁸¹. Por isso, por exemplo, os EUA defendem que apenas se poderá admitir o recurso à FIVTG para o nascimento de crianças do sexo masculino. A ideia é que as meninas nascidas da técnica, ao transmitirem as mitocôndrias da dadora, estarão a contribuir para a modificação do genoma (descrita como modificação germinativa)⁸². O relatório da NASEM distingue modificação genética de modificação germinativa (NASEM, 2016, secção 3)⁸³. Assim, a modificação genética é entendida como alteração/mudança no material genético de uma célula, enquanto a modificação da linha germinativa⁸⁴ (ou germinal) é en-

⁸⁰ Para um estudo jurídico aprofundado sobre o genoma humano, veja-se STELA BARBAS, *Direito do genoma humano...*, cit.

⁸¹ Crf. SARAH SALMAN, *Ethical and Legal Thought on Mitochondrial Donation*, cit., p. 7.

⁸² Crf. ERICA HAIMES e KEN TAYLOR, «Rendered invisible?...», cit., p. 371.

⁸³ AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», cit., p. 589.

⁸⁴ Parece-nos que a FIVTG se pode integrar na terapia génica, pois apresenta algumas semelhanças. A terapia génica é definida “como a transferência deliberada de material genético para as células de um paciente, com o objetivo de curar ou prevenir uma enfermidade hereditária ou adquirida”. A terapia génica pode ser germinativa ou somática consoante o tipo de células objeto dessa transferência: células da linha germinativa (“são os espermatozoides ou ovócitos e as suas células precursoras, assim como os primeiros estádios do embrião humanos, antes da diferenciação da linha germinativa”) ou somática (são todas as outras células). LUÍS ARCHER, «Terapia génica somática – erradicar doenças hereditárias», in LUÍS ARCHER, JORGE BISCAIS, WALTER OSSWALD, MICHEL RENAUD (coords.), *Novos Desafios à Bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, p. 164. Acresce que a terapia génica germinativa permite “evitar a transmissão de doenças genéticas hereditárias (monogénicas ou multifatoriais)”, garantindo a cura do indivíduo e de toda a sua descendência (contrariamente, a terapia génica somática só permite curar a doença de uma pessoa). Crf. STELA BARBAS, *O Direito ao genoma humano...*, cit., p. 96.

tendida como alteração/modificação genética hereditária⁸⁵. Por conseguinte, consideram que a FIVTG provoca uma modificação da linha germinativa se nascer uma menina⁸⁶. Pelo contrário, o Departamento de Saúde do Reino Unido considera que a técnica apenas envolve uma modificação da linha germinativa⁸⁷, “na medida em que o resultado da doação mitocondrial – evitar a transmissão de uma doença mitocondrial grave – poderá ser transmitido às gerações futuras”⁸⁸. Equiparam a doação mitocondrial à doação de órgãos e sangue, pois as pessoas que são sujeitas a transplantes de um órgão ou transfusões de sangue não são consideradas geneticamente modificadas⁸⁹. No entanto, a posição do Reino Unido tem sido alvo de várias críticas, em particular, são acusados de “encapotar” ou negar o que efetivamente ocorre na utilização da técnica: a modificação genética. LUÍS ARCHER dá como exemplo de terapia génica germinativa⁹⁰ um “tipo” de FITGV e considera que representa uma forma de manipulação genética da linha germinativa⁹¹. A intervenção na linha germinal provoca “uma modificação em todas as células do indivíduo (...), altera a identidade humana ou o património genético da humanidade e tem possíveis implicações eugénicas, constituindo violação da dignidade humana”⁹². Para o autor, os perigos e efeitos negativos inerentes a esta manipulação são ainda desconhecidos⁹³, por esta razão se justifica a proibição de transferência para o corpo humano de embriões modificados (sujeitos a experimentação)⁹⁴.

⁸⁵ AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», *cit.*, p. 591.

⁸⁶ *Idem, ibidem.*

⁸⁷ Crf. REBECCA DIMOND, «Social and ethical issues in mitochondrial donation», *British Medical Bulletin* [em linha], vol. 115, 2015, p. 178 [consult. 02.05.2018], disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26351372>.

⁸⁸ Tradução nossa. *Idem, ibidem.*

⁸⁹ *Idem, ibidem.*

⁹⁰ A terapia génica germinativa distingue-se da engenharia genética de melhoramento. A segunda tem como objetivo o melhoramento das características (não patológicas) de pessoas sãs (pessoas vivas ou que ainda não nasceram, acrescentamos nós) através da incrementação de certas características. LUÍS ARCHER, «Terapia génica germinativa – erradicar doenças hereditárias», *cit.*, p. 168.

⁹¹ Refere-se à concretização da técnica também em casos de doenças mitocôndrias. Neste caso, do “blastocisto produzido *in vitro* pelos gâmetas de um casal” extrai-se os núcleos de células estaminais e transfere-se para os ovócitos enucleados da dadora. LUÍS ARCHER, «Terapia génica germinativa – erradicar doenças hereditárias», *cit.*, p. 168.

⁹² *Idem*, p.170.

⁹³ Eram em 2001 (data em que o artigo foi escrito) e continuam a ser na presente data.

⁹⁴ LUÍS ARCHER, «Terapia génica germinativa – erradicar doenças hereditárias», *cit.*, p. 168.

LUÍS ARCHER relaciona os princípios da bioética (autonomia, beneficência e não-maleficência, justiça) com a terapia genética germinativa⁹⁵. Quanto ao princípio da autonomia da vontade (relacionado com a dignidade da pessoa humana), refere que a utilização de tecnologia para evitar a transmissão de doenças graves pressupõe o consentimento presumido dos descendentes (aqueles que nasceram com recurso à técnica), o que não acontece (e não vale) no caso da engenharia genética de melhoramento⁹⁶. Ora, será que se pode estender o consentimento presumido ao caso das gerações nascidas fruto da FITGV? Temos sérias dúvidas de que o consentimento presumido possa legitimar uma manipulação genética, sobretudo no caso FITGV⁹⁷. Por um lado, o consentimento exigido para a prática de qualquer ato médico deve, em regra, ser expresso ou tácito, sendo apenas presumido em casos de situações de urgência (situações excecionais) em que não se consegue obter o consentimento⁹⁸. Quem presta o consentimento são os pais da criança, a qual, no momento da manipulação, não existe enquanto sujeito titular de direitos e obrigações. Os pais autorizam⁹⁹ a manipulação em material genético que lhes pertence, mas cujo objetivo é dar origem a uma nova vida. É possível que a criança (futuro adulto) venha a concordar com a intervenção que foi realizada, mas será que tal legitima o recurso à técnica? Este “consentimento presumido” será apenas justificado por razões de saúde ou também por outros motivos? É nisto que reside o receio deste tipo de técnicas: a linha entre a tentativa de combater doenças ou evitar a transmissão de problemas de saúde graves e incapacitantes está muito próxima da linha da utilização da técnica para fins não patológicos¹⁰⁰.

⁹⁵ *Idem*, pp. 169 e 170.

⁹⁶ *Idem*, p. 169.

⁹⁷ Sobre o consentimento informado para o conhecimento e intervenção no genoma humano, cf. STELA BARBAS, *O direito ao genoma humano...*, cit., pp. 325-388.

⁹⁸ O art.16.º, n.º 4, da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, estipula a exigência da obtenção do consentimento informado para a investigação sobre o genoma humano, “a investigação sobre o genoma humano em pessoas não pode ser realizada sem o consentimento informado dessas pessoas, expresso por escrito, após a explicação dos seus direitos, da natureza e finalidades da investigação, dos procedimentos utilizados e dos riscos potenciais envolvidos para si próprios e para terceiros”. O consentimento é também exigido no recurso às técnicas de PMA (art. 14.º da lei da PMA).

⁹⁹ O consentimento informado terá de respeitar os requisitos da capacidade, informação e voluntariedade. Cf. DIANA COUTINHO, *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, Dissertação de Mestrado na Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014, pp. 66-110.

¹⁰⁰ LUÍS ARCHER, «Programar o homem do futuro», in LUÍS ARCHER, JORGE BISCAIS, WALTER OSSWALD, MICHEL RENAUD (coords.), *Novos Desafios à Bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, p. 192.

Quanto ao princípio da beneficência e da não-maleficência, a terapia germinativa apresenta-se como benéfica a longo prazo, pois permite poupar “um número ilimitado de terapias, caras e custosas, em células somáticas”¹⁰¹, reduz o número de doenças hereditárias e poderá surgir como um imperativo médico (o dever de o médico tratar o paciente), caso se prove que os riscos não são nefastos¹⁰².

Quanto ao princípio da justiça, uma das principais críticas feitas a esta técnica (e receio) é que se torne em engenharia de melhoramento humano¹⁰³, fomentando as inerentes questões de eugenismo. Além disso, no caso da engenharia de melhoramento – a tornar-se possível –, quais os critérios de acesso à mesma? Só os que tivessem mais possibilidades financeiras é que recorreriam? Ou a tecnologia seria utilizada para ajudar pessoas com problemas de saúde (pessoas com demências, problemas cognitivos, etc.)¹⁰⁴? Em Portugal, conforme referimos *supra*, é proibida a terapia génica (crf. art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro) que tenha por objetivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa.

d) Os beneficiários da FIVTG

Outra questão jurídica pertinente é a legitimidade de acesso à FIVTG. Quem poderá recorrer? No Reino Unido, só as mulheres com doença mitocondrial podem recorrer. Além disso, o Reino Unido restringe o acesso a casais heterossexuais, não sendo permitido na FIVTG a doação de espermatozoides. Por conseguinte, está vedado o acesso a mulheres solteiras e casais de mulheres que sofram de doença mitocondrial.

Caso a técnica seja aprovada em mais países, será o acesso limitado à doença mitocondrial? A regulamentação das técnicas de PMA varia, de ordenamento para ordenamento, entre “a liberdade de utilização das técnicas e critérios rigorosos e subsidiários”¹⁰⁵. Ora, rezeamos que o mesmo poderá acontecer na utilização da FIVTG, nomeadamente, uma utilização para fins distintos do objetivo de evitar a transmissão da doença. Por exemplo, será que um casal de mulheres

¹⁰¹ *Idem, ibidem.*

¹⁰² LUÍS ARCHER, «Terapia génica germinativa – erradicar doenças hereditárias», *cit.*, p. 170. No mesmo sentido, STELA BARBAS, *O Direito ao genoma humano...*, *cit.*, pp. 96-101.

¹⁰³ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁴ LUÍS ARCHER, «Programar o homem do futuro», *cit.*, p. 192.

¹⁰⁵ Crf. DIANA COUTINHO, «O futuro da tecnologia reprodutiva: o útero artificial», *cit.*, p. 59.

pode recorrer à técnica para que a criança nasça com contribuição genética de ambas (uma seria a dadora de mitocôndrias)? Ou um casal de mulheres em que uma sofre da doença? Será possível recorrer para melhorar a fertilidade, surgindo como uma técnica auxiliar no apoio de problemas de infertilidade?¹⁰⁶ Pense-se ainda na hipótese apresentada por VERA RAPOSO¹⁰⁷: a utilização da técnica com material genético de apenas duas mulheres sem quaisquer problemas de saúde¹⁰⁸. Esta técnica seria muito apelativa para esses casais, mas poderá constituir uma alternativa à doação de espermatozoides? Temos dúvidas que tal possa acontecer em Portugal, face ao carácter subsidiário das técnicas (crf. art. 3.º da lei da PMA), mesmo no caso de casais de mulheres¹⁰⁹. É necessária uma razão fundamentada para o recurso às técnicas, ora, excluir o ADN masculino (a ser possível) não nos parece que possa ser uma razão válida. Por um lado, desconhece-se os impactos que tal facto poderia ter na criança que viesse a nascer. Além disso, se o ADN mitocondrial apenas representa cerca de 0,1% da genética, não contribuindo para as características físicas e emocionais, não se justifica que haja o recurso a esta técnica para que a criança nasça com material genético de “duas mulheres”. Por outro lado, trata-se de utilizar as técnicas para satisfazer meros interesses do casal, sem causa médica justificativa¹¹⁰, atentando contra valores e princípios fundamentais da nossa sociedade, em particular o direito a constituir família. O art. 36.º da CRP consagra o direito a constituir família, incluindo a possibilidade de o fazer através de técnicas de PMA (crf. art. 67.º da CRP). No entanto, esse direito tem limites, nomeadamente, as restrições do art. 18.º da CRP, “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” e “revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (n.º 3). Assim, seguindo

¹⁰⁶ Crf. REBECCA DIMOND, «Social and ethical issues in mitochondrial donation», *cit.*, p. 175. Tal como aconteceu no caso do bebé nascido na Ucrânia.

¹⁰⁷ Crf. VERA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, *cit.*, p. 395.

¹⁰⁸ A autora ainda refere outras hipóteses, tais como, a utilização da FIVTG por mulheres mais velhas com o objetivo de rejuvenescimento dos óvulos. VERA RAPOSO, «Is Three a Crowd in Reproduction?...», *cit.*, p. 253.

¹⁰⁹ Em 2016, foi alargado o acesso às técnicas de PMA a casais de mulheres e mulheres solteiras.

¹¹⁰ Na ponderação de interesses, poderá discutir-se se constituirá discriminação afastar um casal de mulheres quando uma sofre da doença. Ora, estas mulheres têm já uma alternativa viável: a utilização dos óvulos da mulher sã, sem necessidade de recorrer à técnica. Uma exigência específica de utilização dos óvulos da mulher que sofre de doença mitocondrial, quando há alternativa, poderá reconduzir-se aos argumentos referidos no corpo do artigo. Pense-se no acesso dos casais de mulheres à PMA: uma contribui com o óvulo, a outra gera a criança.

o disposto no art.18.º da CRP, a proibição da FIVTG – como restrição do direito a procriar – atentarà contra o princípio da proporcionalidade, se for considerada inadequada, desnecessária e desproporcional (em sentido estrito). Não existe um direito a constituir família por qualquer meio e com recurso a qualquer técnica de PMA. Por outras palavras, é essencial saber se a técnica será constitucionalmente protegida e, caso o seja, quando a sua utilização poderá ser restringida.

A questão passará pelo confronto entre o direito a procriar através da FIVTG e a limitação de outros direitos constitucionalmente consagrados. E quais seriam esses direitos? No sentido da proibição, encontramos a salvaguarda pelo superior interesse da criança, a dignidade da pessoa humana (ao considerar a técnica como objeto de instrumentalização da dadora e da criança) e a proibição de modificações genéticas. A apoiar a técnica encontramos os direitos fundamentais (e de personalidade) como o direito à disposição do próprio corpo e o direito ao desenvolvimento da personalidade. Tal como referimos *supra*, parece-nos que o recurso à técnica apenas por mero desejo de ter um filho com material genético dos pais não é por si só suficiente. É necessário que exista uma causa justificativa (médica) que impossibilite o recurso à procriação natural e às outras técnicas (homólogas) de PMA. Não se pode desejar o filho (biológico) a todo o custo e sem olhar a meios. Além disso, é elemento a ponderar o facto de estas mulheres terem ainda acesso a técnicas de procriação heteróloga, como é o caso da doação de óvulos, não estando totalmente vedado o direito a procriar (contrariamente ao que acontece com mulheres que nem sequer são capazes de suportar uma gravidez com gâmetas doados).

A proibição absoluta poderá, todavia, ser ponto de discórdia e discriminação quando comparada com mulheres que podem recorrer ao DGPI. Se mulheres (sozinhas ou enquanto casal) podem recorrer ao DGPI para evitar a transmissão de doenças, será desproporcional proibir o acesso à FIVTG? Parece-nos que uma resposta a esta inquietação passará por efetivas explicações científicas, nomeadamente, pela real contribuição do material genético de cada um dos sujeitos para as características da criança (para ser quem ela é) e se efetivamente essa contribuição provoca mudanças genéticas. Se entendermos que a contribuição é mínima e não tem reflexos na formação das características físicas e psíquicas da criança, será desproporcional negar o acesso quando se permite o acesso ao DGPI. Além disso, pode considerar-se desproporcional na comparação com o recurso às técnicas de procriação heteróloga nas quais efetivamente se sabe que o material doado irá determinar as características da criança. Pelo contrário, caso se prove que há modificação genética, então a proibição é justificada atendendo a outros valores fundamentais.

Estamos numa fase ainda muito prematura para perceber as consequências desta técnica no desenvolvimento da criança e acreditamos que o futuro ajudará a entender qual o caminho a seguir. Todavia, tal como referimos anteriormente, também reconhecemos que a regulamentação poderá variar de país para país. De facto, tal como há Estados que admitem qualquer prática de reprodução assistida, não nos admira que se torne possível o recurso à técnica para casais de mulheres e mulheres solteiras, abrindo-se a porta a mais turismo reprodutivo, aos riscos de comercialização da reprodução humana, entre outros.

e) Embriões excedentários

Uma das críticas apresentadas à técnica é o destino a dar aos embriões excedentários¹¹¹, reabrindo o debate sobre o estatuto jurídico do embrião¹¹². Realçamos o caso do Reino Unido, onde é possível a utilização da técnica no próprio embrião. A utilização da FIVTG poderá variar consoante o estatuto atribuído ao embrião e conseqüente proteção do direito à vida. O art. 24.º da CRP estabelece que o direito à vida é inviolável. Em Portugal, o embrião não é considerado um ser vivo, não tem personalidade jurídica (art. 66.º do Código Civil). No entanto, merece alguma proteção jurídica como a tutela penal (crime de aborto) ou tutela assistencial (aconselhamento genético). RUI MEDEIROS e JORGE PEREIRA SILVA referem que “o legislador não está constitucionalmente obrigado a conferir personalidade jurídica ao embrião”¹¹³, mas tal não significa que não mereça proteção. Ora, essa proteção deve ser assegurada no sentido de evitar práticas desproporcionais, desnecessárias e instrumentais. O art. 9.º, n.º 1, da lei da PMA proíbe a criação de embriões com o objetivo da sua utilização para investigação científica. Só é lícita a investigação científica 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

¹¹¹ Crf. MARGARIDA SILVESTRE, «Embriões criopreservados – que destino», in JOÃO LOUREIRO, ANDRÉ DIAS PEREIRA e CARLA BARBOSA (coords.), *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme Oliveira*, vol. 4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 143-157.

¹¹² Crf. JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Estatuto do embrião», in LUÍS ARCHER, JORGE BISCAIS, WALTER OSSWALD, MICHEL RENAUD (coords.), *Novos Desafios à Bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, pp. 110-121.

¹¹³ RUI MEDEIROS e JORGE PEREIRA SILVA, «Comentário ao art. 24.º da CRP», in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (orgs.), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 517.

outras finalidades terapêuticas” (n.º 2 do art. 9.º)¹¹⁴. Para esse efeito, só podem ser utilizados “embriões criopreservados, excedentário, em relação ao qual 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, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação; e embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide” (als. a) a d) do n.º 4 do art. 9.º). Nos termos do art. 25.º da referida lei, estipula-se o destino dos embriões. O n.º 1 refere que “devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos”¹¹⁵. Decorrido esse prazo, os embriões podem ser doados “a outras pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo, ou doados para investigação científica nos termos previstos no artigo 9.º” (n.º 3 do art. 25.º). Se a doação for consentida “sem que nos seis anos subsequentes ao momento da criopreservação os embriões tenham sido utilizados por outros beneficiários ou em projeto de investigação aprovado ao abrigo do artigo 9.º, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro” (n.º 6 do art. 25.º) e “se não for consentida a doação (...) podem os embriões ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro, comunicada previamente ao Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida.” (n.º 7 do art. 25.º). STELA BARBAS refere que a liberdade de investigação tem limites, não é absoluta, sob pena de violar direitos constitucionais, tais como, o direito à vida (art. 24.º), o direito à integridade física e moral (art. 25.º), o direito à identidade pessoal e genética (art. 26.º), o direito à liberdade e segurança (art. 27.º) e o direito à igualdade (art. 13.º)¹¹⁶.

f) Direito ao anonimato da dadora versus direito ao conhecimento e identificação da dadora e o direito à identidade pessoal e livre desenvolvimento da personalidade

Associado ao papel da dadora e à sua contribuição, surge o debate sobre se a criança que venha a nascer da FIVTG terá direito a saber de quem proveio o óvulo doado e o ADN mitocondrial. Como se resolve o confronto entre o direito

¹¹⁴ O art. 42.º da CRP consagra a liberdade de criação intelectual, artística e científica. Na liberdade de criação científica inclui-se a investigação científica.

¹¹⁵ O prazo pode ser prorrogado por mais três anos (crf. n.º 2 do art. 25.º da lei da PMA).

¹¹⁶ STELA BARBAS, *O direito ao genoma humano...*, cit., p. 495.

ao conhecimento das origens genéticas e o conhecimento da dadora *versus* o direito ao anonimato da dadora? Voltamos ao caso do Reino Unido, por ser o único país que até à data regulamentou a técnica. A legislação inglesa estabelece que não existe qualquer vínculo parental entre a criança e a dadora mitocondrial, não assumindo quaisquer direitos e obrigações inerentes ao exercício das responsabilidades parentais. Como vimos, a dadora é equiparada aos doadores de tecidos, não é equiparada a uma dadora de óvulos para outros tratamentos de fertilização. Apesar de ser um problema comum às técnicas de PMA heteróloga, a doutrina¹¹⁷ defende que existem diferenças entre a revelação da identidade da dadora na FIVTG, comparando com as demais técnicas. Para os defensores da prevalência do direito ao anonimato da dadora (não há o direito de saber quem é a dadora), não se justifica a revelação, pois a criança não herda as características físicas da dadora (o que poderá acontecer no caso de mera doação de óvulos)¹¹⁸. A criança herda o ADN nuclear dos pais¹¹⁹. Para proteger o superior interesse da criança (o seu bem-estar e o seu desenvolvimento), defendem que o impacto da revelação poderá ser mais nefasto do que a não revelação face à percentagem mínima da contribuição de ADN. Além disso, entendem que a revelação da informação poderá traduzir a ideia que a dadora teve uma contribuição maior da que realmente teve¹²⁰.

Não entrando no campo da divergência doutrinal e jurisprudencial sobre o confronto entre estes direitos, cumpre-nos deixar apenas uma nota sobre o caso português. A lei da PMA consagrava o direito do anonimato do dador em detrimento do direito à identidade pessoal da criança nascida das técnicas (crf. art. 15.º). Contudo, a lei prevê o direito ao conhecimento das origens genéticas, ou seja, as informações de natureza genética (n.º 2 do art. 15.º). A identidade do dador só podia ser relevada se este expressamente o permitir ou em caso de “razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial” (n.ºs 3 e 4 do art. 15.º). Ora, em abril de 2018, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 veio declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do n.º 4 do art. 15.º. O Tribunal Constitucional¹²¹ consi-

¹¹⁷ Cfr. AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», *cit.*, pp. 590-591.

¹¹⁸ *Idem, ibidem.*

¹¹⁹ De acordo com o ponto 6.49 da HFEA, “o senso de identidade da criança seria herdado de seus pais [sociais]”.

¹²⁰ Cfr. AINSLEY NEWSON, STEPHEN WILKINSON e ANTHONY WRIGLEY, «Ethical and legal issues in mitochondrial transfer», *cit.*, pp. 590-591.

¹²¹ Contrariamente ao proferido no Acórdão n.º 101/2009.

derou que a regra do anonimato constitui uma “restrição desnecessária aos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade”¹²². A decisão é recente, as alterações à lei ainda não surgiram, mas têm gerado bastante controversa e fala-se essencialmente na diminuição drástica do número de dadores e dos candidatos à procriação heteróloga. Assim, na eventualidade de a ordem jurídica portuguesa regulamentar a FIVTG, terá, nas circunstâncias atuais, de obedecer à decisão do Tribunal Constitucional. Nessa linha de pensamento, a criança nascida desta técnica terá direito a saber quem foi a dadora do óvulo.

3. Notas conclusivas

Chegados ao término do artigo, deixamos algumas notas sobre o nosso mergulho num admirável mundo novo. São inegáveis a influência e o impacto da tecnologia e da ciência na reprodução humana: o Homem deixou de se reproduzir unicamente pelos meios naturais e passou a utilizar, cada vez mais, a tecnologia como auxílio para combater as causas de infertilidade, evitar a transmissão de doenças graves, etc. A natureza humana faz do próprio Homem um ser curioso, em busca contínua pelo conhecimento e pela melhoria das condições de vida. De facto, a capacidade intelectual (*v.g.*, a inteligência humana) é o principal motor de funcionamento do ser humano. Assim, o mesmo Homem que tutela e proclama o respeito pela dignidade da pessoa humana e por outros valores fundamentais e que proclama o respeito pela conceção natural ou a subsidiariedade da PMA é o mesmo Homem que promove a investigação científica, que tem a ânsia do conhecimento e que pretende usar as tecnologias no campo da medicina da reprodução. Nessa medida, parece-nos que não estamos na sociedade imaginada por ALDOUS HUXLEY, ainda estamos longe de uma visão tão industrial e mecânica da vida humana. Todavia, não negamos que a ciência e tecnologia têm construído algumas hipóteses que nos reconduzem a essa sociedade. Neste aspeto, o Direito surge com um papel fundamental para tentar “equilibrar” a procura desenfreada da ciência e da tecnologia pelo conhecimento e garantir o respeito de princípios e valores fundamentais.

¹²² COMUNICADO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão n.º 225/2018, 24 de abril de 2018 [consult. 24.04.2018], disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa02-bd4453.html>.

A FIVTG surge numa linha ténue entre o milagre da reprodução e a desumanização. É certo que algumas das suas questões (problemas) são novas, porém, apresenta problemas comuns às demais técnicas de PMA. O grande receio da técnica está associado à eventual alteração do genoma humano e, por conseguinte, eventuais problemas de eugenismo que possam decorrer (violadores da dignidade humana). Consideramos que, se efetivamente se provar que há alteração do genoma humano, a FIVTG não deve ser admitida e praticada. Temos sérias dúvidas quanto aos efeitos e consequências da técnica, sobretudo na criança que venha a nascer. Receamos a proximidade com a engenharia genética de melhoramento. Para onde caminhamos? Receamos que o futuro da tecnologia reprodutiva passe pelo *design baby*, o bebé projetado.

Por fim, apesar dos nossos receios, acreditamos que a reprodução humana através da forma natural não se extinguirá. É certo que ALDOUS HUXLEY previu uma sociedade desprovida de valores humanos, mas também é verdade que, 27 anos depois, o autor regressou a essa sociedade¹²³ e concluiu que a reprodução natural não deixaria de existir. Apesar da influência da tecnologia, a nossa sociedade assenta em valores e princípios que nos fazem acreditar que a reprodução assistida não se tornará a regra.

¹²³ No livro *O Regresso ao Admirável Mundo Novo*.

La eutanasia: valoración de su encaje constitucional y análisis crítico de su propuesta de regulación en España

M^a Olaya Godoy

Profesora I. de Derecho constitucional de la Universidad de Extremadura (España)

Resumo: Ao longo deste estudo, procede-se a uma análise crítica da proposta de regulação da eutanásia, apresentada em Espanha pelo grupo parlamentar socialista. A título preliminar far-se-á uma aproximação ao conceito de eutanásia, os diferentes tipos que se reconhecem, a distinção de figuras afins e a regulação jurídica vigente, cuja alteração se pretende. Ao analisar a proposta abordam-se os dois elementos que a sustentam: a dignidade humana como fundamento e a autonomia da vontade como pressuposto. Por fim, ter-se-á em conta o seu enquadramento constitucional e a ponderação de direitos em conflito, dedicando particular atenção à objeção de consciência do pessoal médico.

Palavras-chave: Eutanásia; morte digna; consentimento informado; objeção de consciência.

1. Consideraciones previas

Los planteamientos sobre el final de la vida, especialmente el recurso a la eutanasia y al suicidio asistido, suscitan cuestiones controvertidas que, aunque son de raíz antigua están adquiriendo una importancia creciente en la sociedad. Como señala MARTÍN SÁNCHEZ la relevancia del debate actual se debe a la concurrencia de un conjunto de *factores*¹ entre los que cabe destacar los siguientes:

- el impacto que despliegan los *avances médicos* en el proceso natural de muerte (tecnología de soporte vital), y la dificultad que conlleva determinar cuándo debe renunciarse a ellos para no incurrir en el denominado “encarnizamiento terapéutico”²;

¹ I. MARTÍN SÁNCHEZ, «La eutanasia y el suicidio asistido: posiciones religiosas y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 38, 2015, pp. 2-6.

² A. M. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, 1999, p. 12.

- el reconocimiento del principio de *autonomía del paciente*, que consagra el derecho al “consentimiento informado”³ en relación con cualquier acto médico (preventivo, diagnóstico o terapéutico). Derecho que ha supuesto una transformación radical de las relaciones médico-paciente, que puede ejercitarse personalmente en tiempo presente o con eficacia diferida a través del otorgamiento de las denominadas voluntades anticipadas o instrucciones previas, y que plantea el dilema ético y jurídico de sus límites, es decir, si incluye o no la voluntad del paciente de poner fin a una vida que considera insoportable;

- el *cambio social* que se ha producido en torno al proceso de muerte, puesto que las personas ya no suelen morir en casa atendidas por sus familiares, sino que, en un altísimo porcentaje, fallecen en centros hospitalarios experimentando sensaciones de angustia y soledad, y el temor al dolor, a la pérdida de autonomía y a convertirse en una carga para la familia, lo que incrementa el deseo de acortar el tránsito hacia la muerte⁴.

- la *repercusión mediática* de casos relacionados con la eutanasia y el suicidio asistido⁵, resultando destacables, entre otros muchos, *Brittany Maynard*⁶ en Estados Unidos, *Terry Bland*⁷ en Reino Unido, y Ramón Sampetro⁸ en España.

³ Proclamado por el *Convenio para la protección de los Derechos humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina* (1997).

⁴ Como así pone de relieve la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su *Recomendación 1418* (1999), de 25 de junio, sobre la *Protección de los Derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos*.

⁵ Uno de los primeros autores en abordar la problemática de la eutanasia desde esta perspectiva fue Peter Singer. P. SINGER, *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Paidós, Barcelona, pp. 137 y ss.

⁶ Joven de veintinueve años que, con un pronóstico de seis meses de vida, realizó una campaña para promover una legislación sobre la muerte digna mediante el suicidio asistido en aquellos Estados de Estados Unidos en los que es ilegal. Ante la inminencia de su muerte se trasladó al Estado de Oregón, donde el suicidio asistido es legal, y puso fin a su vida después de escribir un mensaje en *Facebook*, exponiendo las razones de su decisión y despidiéndose de sus familiares y amigos.

⁷ Este joven permaneció en un estado vegetativo permanente durante cinco años, hasta que sus padres obtuvieron la autorización judicial para que le fuese retirada la hidratación y alimentación artificiales, permitiéndosele así “morir con dignidad”. Para un análisis del caso en profundidad, P. SINGER, *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, cit., pp. 67-87.

⁸ Joven tetrapléjico con una inmovilidad total de su cuerpo con excepción de la cabeza que permaneció en esta situación veintiocho años. Solicitó ante los tribunales el reconocimiento del derecho al suicidio asistido que le fue denegado por constituir un delito según la legislación penal española vigente. En su recorrido procesal llegó hasta el Tribunal de Estrasburgo, que inadmitió su recurso. Finalmente, puso fin a su vida ingiriendo, mediante una pajita, el cianuro potásico que una persona no identificada puso en un vaso junto a él, a petición suya, para que pudiera beberlo.

- y, en último lugar, la *despenalización* progresiva que respecto de ambas conductas ha cristalizado en distintos países. Así, en Europa, la eutanasia y el suicidio asistido están permitidos por ley en Holanda⁹, Bélgica¹⁰ y Luxemburgo¹¹; y el suicidio asistido está contemplado por ley en Suiza¹²; en Canadá, el Tribunal Supremo declaró en 2015 que la ayuda médica al suicidio es un derecho fundamental¹³; en Estados Unidos, el suicidio asistido está permitido por ley en los Estados de Oregón¹⁴, *Washington*¹⁵ y *Vermont*¹⁶ y por decisión judicial en los Estados de *Montana*¹⁷ y *New México*¹⁸; y en Latinoamérica, el Tribunal Constitucional de Colombia declaró en Sentencia de 15 de mayo de 1997 que el recurso a la eutanasia y al suicidio asistido constituyen un derecho fundamental del enfermo terminal.

⁹ Desde el 1 de abril de 2002 se permiten la eutanasia y el suicidio asistido bajo determinadas condiciones.

¹⁰ La Ley de 28 de mayo de 2002 regula la eutanasia, pero no menciona el suicidio asistido. Sin embargo, la Comisión Federal de Control y Evaluación para la aplicación de esta Ley ha venido considerando, en la práctica, que el suicidio asistido también está amparado por la misma.

¹¹ Desde el 1 de abril de 2009 se permiten la eutanasia y el suicidio asistido bajo determinadas condiciones.

¹² En Suiza, la eutanasia es delito, pero no el auxilio al suicidio. No es necesaria la asistencia del médico, pero sí que éste prescriba el fármaco letal.

¹³ Sentencia de 6 de febrero de 2015, caso *Carter v. Canada*, el Tribunal afirmó que la ayuda médica al suicidio es un derecho fundamental y que, por tanto, dicha prohibición penal resulta contraria a la Constitución por lesionar los derechos a la vida y a la libertad e integridad física y psíquica. La sentencia concluyó manifestando que es inconstitucional negar la ayuda médica al suicidio a enfermos adultos capaces y libres que la pidan a causa de una enfermedad irremediable, o de una discapacidad, que les cause un sufrimiento permanente, intolerable e irreversible.

¹⁴ *Death with Dignity Act*, de 17 de octubre de 1997.

¹⁵ *Death with Dignity Act*, de 2 de enero de 2009.

¹⁶ *Patient Choice and Control at End of Life Act*, de 20 de mayo de 2013.

¹⁷ La sentencia del *First Judicial District Court*, sobre el caso *Baxter v. Montana*, de 5 de diciembre de 2008, declaró que un paciente terminal competente tiene derecho, según la Constitución de Montana, a morir con dignidad. Este derecho incluye el de utilizar la asistencia de un médico para que prescriba una dosis letal de medicamento, que el paciente puede utilizar cuando decida terminar con su vida. Esta decisión fue confirmada por el *State Supreme Court* de Montana, en la sentencia de 31 de diciembre de 2009.

¹⁸ El *Second District Court* de Albuquerque declaró, en enero de 2014, que la solicitud de ayuda de un enfermo terminal para morir es un derecho fundamental.

2. La progresiva juridificación del proceso de muerte

Al igual que en otros Estados, el contexto descrito ha propiciado la adopción en España de una progresiva regulación del ejercicio de los derechos que deben ser garantizados en el proceso de muerte para respetar y preservar la dignidad humana; bien jurídico protegido constitucionalmente que constituye el fundamento del orden político y la paz social (ex. art. 10.1 CE). Este argumento ha sido esgrimido por las legislaciones autonómicas que han abordado este trance con la nomenclatura común “De los derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte”¹⁹, y ahora se invoca, también, para justificar la reciente *Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (PSOE), que, de prosperar, no sólo la despenalizaría, sino que la configuraría como un derecho de rango constitucional²⁰.

En la sociedad actual es comúnmente aceptado que toda regulación sobre la toma de decisiones en el proceso de muerte debe partir del valor intrínseco de la vida humana (presupuesto óntico de la existencia) que tiene como contrapeso el disvalor de la muerte (que debe evitarse y no protegerse)²¹. Desde distintas *posiciones religiosas*, se defiende la sacralidad de la vida humana, que es intrínseca e indisponible para el hombre²². Y desde la *perspectiva filosófica*, se alude a la santidad de la vida humana, interpretada como valor intrínseco y absoluto, que obliga a su titular a conservarla, que exige a los demás no dañarla, e impone al Estado el deber de su protección²³ (la vida es indisponible y prevalece sobre cualquier otro valor que colisione con ella). En el *ámbito jurídico*, se otorga a la vida humana un valor absoluto o casi absoluto, de carácter indisponible y de rango superior a la libertad

¹⁹ Una aproximación a estas legislaciones autonómicas la realiza M^a L. LABACA ZABALA, «Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte: especial referencia a las leyes autonómicas de Andalucía, Aragón y Navarra», *Quaestio Iuris*, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 710-758. También, sobre el tema, M. LEAL ADORNA, «Ley andaluza de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte: sus problemas presentes y futuros», en J. ROSSELL y R. GARCÍA GARCÍA (coords), *Cuestiones de Derecho Eclesiástico del Estado. In memoriam Álex Seglers*, Ed. Rasche, Madrid, 2012, pp. 341-379.

²⁰ Proposición de Ley 122/000239, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 21 de mayo de 2018, Propositiones de Ley, núm. 270-1.

²¹ V. MÉNDEZ BAIGES, *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*, Madrid 2002, p. 25.

²² I. MARTÍN SÁNCHEZ, «La eutanasia y el suicidio asistido: posiciones religiosas y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *cit.*, pp. 3 y ss.

²³ R. DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres), Barcelona 1994, pp. 254-255.

personal, de manera que en su defensa podría actuarse incluso contra la voluntad de su titular²⁴.

En la *realidad jurídico-positiva española*, la vida está configurada como un derecho fundamental (ex. art. 15 CE) y es considerada el primero de los derechos²⁵. La supremacía de la vida se refleja también en los textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, que la proclaman como un derecho inherente a la persona y limitan la libre disposición de la misma por su titular²⁶. En este sentido, la *Recomendación 1418/1999 del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos* (1999), defiende el derecho a la vida de los enfermos incurables y los moribundos aunque hayan manifestado una voluntad contraria en tal sentido y declara que el deseo de morir expresado por un enfermo incurable o un moribundo no puede en sí servir de justificación legal a la ejecución de acciones dirigidas a ocasionar su muerte. Esta ha sido también la posición defendida por el TEDH que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la disponibilidad del derecho a la vida en distintas ocasiones²⁷. Para el TEDH, el art. 2 CEDH, no sólo prohíbe a los Estados provocar la muerte de forma intencionada (obligaciones negativas), sino que les impone también la adopción de las medidas necesarias para su protección (obligaciones positivas), de manera que no cabe inferir que el art. 2 CEDH reconozca un derecho a morir en el

²⁴ C. M^a ROMEO CASABONA, «El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho Español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (homenaje al Profesor J.A. Sainz Cantero), núm. 13, 1987 (publicado en 1989), p. 203. También A. TORÍO LÓPEZ, «¿Tipificación de la eutanasia en el Código Penal? Indicaciones provisionales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (homenaje al profesor J.A. Sainz Cantero), núm. 13, 1987 (publicado en 1989), pp. 233 y ss. Una síntesis de los autores que defienden el carácter absoluto del bien vida puede verse en C. JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid 1994, pp.342-346.

²⁵ MORENO ANTÓN considera que el sistema español es paternalista en lo que a la vida se refiere, dispensándole una protección superior, en ocasiones, a la libertad y autonomía individuales: desde el art. 143 del Código Penal, que castiga la inducción y cooperación al suicidio, así como la eutanasia activa directa consentida, hasta las limitaciones legales a la publicidad del tabaco y el alcohol, o la obligatoriedad del casco en las motos y del cinturón de seguridad en los coches. M. MORENO ANTÓN, «Dignidad humana y final de la vida en las disposiciones autonómicas», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 40, 2016, pp. 21-22.

²⁶ *Vid.* art. 3 DUDH, art. 6 PIDCP y art. 2 CEDH.

²⁷ Entre otras, STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Dyane Pretty* c. Reino Unido; la STEDH de 20 de enero de 2011, caso *Haas* c. Suiza; STEDH de 19 de julio de 2012, caso *Koch* c. Alemania; STEDH de 14 de mayo de 2013, caso *Gross* c. Suiza; y STEDH Gran Sala de 5 de junio de 2015, caso *Lambert* y otros c. Francia. Al respecto, I. MARTÍN SÁNCHEZ, «La eutanasia y el suicidio asistido: posiciones religiosas y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *cit.*, pp. 17 y ss.

sentido de poner fin a la vida propia con ayuda de otra persona o de la autoridad pública, puesto que no incluye la facultad de exigir al Estado que permita o facilite la muerte²⁸.

No obstante, desde estas mismas perspectivas, se defienden, a su vez, otros planteamientos con argumentos sólidos que pretenden compatibilizar vida y muerte como realidades jurídicas, y, en consecuencia, junto al derecho a la vida, se sitúa la posibilidad de alcanzar una muerte digna. Desde algunas *posiciones religiosas* minoritarias se enfatizan tanto la dignidad de la persona, como su autonomía y la libre toma de decisiones en conciencia; por consiguiente, se estima que las personas, por el hecho de serlo, tienen derecho a una despedida digna y que Dios ha confiado a la persona moribunda la responsabilidad y la decisión en conciencia sobre el momento y modo de su muerte²⁹. Y desde *planteamientos filosóficos*, se pone de relieve que la vida no tiene un valor absoluto y que lo importante no es la vida como fenómeno biológico, sino la calidad de vida³⁰, porque el derecho a la vida no puede centrarse en la mera subsistencia o en la supervivencia, sino en un modo humano de vivir. El valor relativo de la vida llevaría aparejado el deber de respetar la vida ajena, pero no el deber de vivir la propia en condiciones inhumanas, de tal manera que se consideraría lícito disponer de la propia vida en determinadas circunstancias³¹.

Asimismo, en el *plano teórico-jurídico*, se interpreta que el derecho a la vida no goza realmente de una protección absoluta puesto que los propios ordenamientos contemplan excepciones³² (p.e. la legítima defensa frente a agresiones de otro, la pena de muerte en tiempo de guerra, etc.). Y se destaca, además, que el derecho a la vida no puede ser considerado en abstracto, sino que debe entenderse conectado con otros bienes y valores que también gozan de protección, especial-

²⁸ STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Dyane Pretty c. Reino Unido* § 54 y STEDH Gran Sala de 5 de junio de 2015, caso *Lambert y otros c. Francia* § 117.

²⁹ Posición defendida por el teólogo suizo *Hans Kung*, expresada en H. KUNG y W. JENS, *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad* (Trad. de J.L. Barbero), Madrid 1997 y sintetizada por M. PORRAS DEL CORRAL, «Eutanasia: un debate abierto», *Problemas de la eutanasia*, Madrid 1999, pp. 168-171.

³⁰ R. DWORKIN, *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, cit., pp. 279-284.

³¹ A. CALSAMIGLIA, «Sobre la eutanasia», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1993, pp. 341-342.

³² A. CABELLO MOHEDANO, J.M. GARCÍA GIL y D.A. VIQUEIRA TURNEZ, *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*, Cádiz, 1990, p.99.

mente la dignidad y la libertad personal. Por consiguiente, la dignidad añadida a la vida exigiría el respeto a la dignidad en la muerte, es decir el derecho a morir como personas³³; o, en otras palabras, la dignidad, que es inherente sólo a la vida humana se convertiría en el fundamento de un nuevo derecho de los enfermos terminales: el derecho a una muerte digna³⁴. La unión de vida humana y libertad personal (autonomía) implicaría, pues, el derecho de toda persona a su autodeterminación en los distintos ámbitos de su existencia incluyendo la propia muerte. Así, considerando que el derecho a la vida es estrictamente individual³⁵, su titular debería gozar, en aras de su libertad, de autonomía para decidir si desea o no seguir viviendo; y el Estado no tendría potestad ni competencia para interferir en esa decisión individual porque ello constituiría la manifestación de un paternalismo injustificado encaminado a proteger al propio sujeto de sí mismo, sin respetar su voluntad³⁶.

En la actualidad, el respeto a la autodeterminación del ser humano y el reconocimiento de la disponibilidad de la vida por su titular son dos cuestiones resueltas legislativamente en aquellos sistemas que, como el español, consideran atípico (lícito) el suicidio, no sancionando su tentativa o frustración³⁷. En esta misma línea, el TEDH ha señalado que el derecho de una persona a decidir cómo y cuándo quiere poner fin a su vida, siempre que sea capaz de adoptar una libre decisión al respecto y de actuar en consecuencia, es una de las facultades que conforman el contenido del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH³⁸. Se encuadra, por tanto, en el margen de apreciación de los Estados, la posibilidad de adoptar medidas tendentes a conseguir un equilibrio entre la protección del derecho a la

³³ V. MÉNDEZ BAIGES, *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones, cit.*, p. 52.

³⁴ G. PECES-BARBA, «La eutanasia desde la Filosofía del Derecho», *Problemas de la eutanasia*, Madrid, 1999, pp. 20 y 23.

³⁵ Defiende CARBONELL MATEU que no existe un deber jurídico de vivir al servicio de la comunidad ni de la ética, es decir no se puede hablar de una función social de la vida, lo que significa que, aunque tenga un indudable valor positivo, no puede ser impuesta contra la voluntad de la persona y por lo tanto hay que afirmar la disponibilidad de la propia vida. A. CARBONELL MATEU, «Constitución, suicidio y eutanasia», *Cuadernos Jurídicos*, núm. 10, 1993, pp. 30-31.

³⁶ M. GASCÓN ABELLÁN, «Problemas de la eutanasia», *Sistema*, núm. 106, enero 1992, pp. 95-97.

³⁷ J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, «Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (homenaje al Profesor J. A. Sainz Cantero), núm. 13, 1987, p. 294.

³⁸ STEDH de 20 de enero de 2011, caso *Haas c. Suiza*, § 50 y STEDH de 14 de mayo de 2013, caso *Gross c. Suiza*, § 59 y 60.

vida y el derecho del paciente al respeto a su vida privada y a su autonomía personal³⁹.

Al concluir que la vida, como bien jurídico, no tiene un grado de protección absoluto, sino que debe conjugarse con otros bienes y valores que también son dignos de protección, como la libertad y la dignidad, se sientan las premisas básicas para abordar la contemplación jurídica de la muerte digna y analizar si su significado legal se extiende a la eutanasia.

3. La eutanasia: concepto, clasificación y figuras afines

El término *eutanasia* (del griego *eu-thanatos*) significa “buena muerte”, en el sentido de muerte apacible y sin dolor. Con esta acepción se introdujo en el vocabulario científico por *Francisco Bacon* en 1623. No obstante, en la actualidad, se entiende por eutanasia la acción u omisión que pretende dar muerte, de una manera indolora, a los enfermos incurables; y algunos sectores defienden su identificación con una “muerte digna”⁴⁰.

La eutanasia es un concepto de difícil *definición* porque puede contemplarse desde perspectivas muy diferentes⁴¹: religiosa, filosófica, médica, ética y jurídica. Así, desde un *punto de vista religioso*, se define como “una acción u omisión que por su naturaleza e intención causa la muerte a otro, con el fin de eliminar cualquier dolor”⁴². Desde una *óptica médica*, la Organización Mundial de la Salud la define como “una acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del pa-

³⁹ A juicio de MARTÍN SÁNCHEZ, el art. 8 CEDH sólo protege el derecho a elegir el momento y la forma de suicidarse, pero no la facultad de exigir a un tercero una acción para acabar con la propia existencia, mediante la eutanasia o el suicidio asistido, lo que entraría en contradicción con el art. 2. Ahora bien, en virtud de tales preceptos, un Estado podría adoptar las medidas necesarias para poder realizar una eutanasia o un suicidio asistido dignos, aunque no está obligado a hacerlo. I. MARTÍN SÁNCHEZ, «La eutanasia y el suicidio asistido: posiciones religiosas y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *cit.*, p. 32.

⁴⁰ Como así señala M. MORENO ANTÓN, «Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, 2003, p. 2.

⁴¹ Recoge varias definiciones desde diferentes perspectivas I. ÁLVAREZ GÁLVEZ, *La eutanasia voluntaria autónoma*, Madrid, 2002, pp. 31-36. En sentido similar A.M. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, *cit.*, p. 57.

⁴² Encíclica *Evangelium Vitae*, Juan Pablo II, de 25 de marzo de 1995, núm. 65.

ciente”⁴³. Y desde una *perspectiva jurídica*, suele definirse como la acción u omisión de una persona que, a petición de otra, que se encuentra en una situación de enfermedad terminal o que le causa una existencia insoportable e irreversible, le provoca la muerte para poner fin a su sufrimiento⁴⁴.

De estas definiciones cabe concluir que, *a priori*, serían dos las *características* identificadoras de la eutanasia: que sea provocada por un tercero (normalmente personal sanitario), y que tenga una intención compasiva (suprimir el sufrimiento del paciente).

La *clasificación* de la eutanasia puede realizarse en función de diferentes *criterios*⁴⁵.

Atendiendo a la *finalidad* que persigue se distingue entre: *homicidio piadoso o por compasión*, si la muerte se busca como medio para privar al enfermo de dolor, de una deformación física, de una ancianidad penosa o de cualquier quebranto que convierte su vida en “imposible” (p.e. tetraplégico, ancianos con demencia senil muy avanzada); y *eutanasia eugenésica, económica o social*, si la muerte se busca como medio para purificar la raza, o para liberar a la familia o a la sociedad de la carga de las denominadas “vidas sin valor” o “vidas sin calidad de vida” (p.e. nacidos anencéfalos, estado vegetativo persistente).

Atendiendo a los *medios* empleados se distingue entre: *eutanasia activa*, acción deliberada encaminada a provocar la muerte (de forma directa o indirecta⁴⁶) (p.e. mediante el suministro de fármacos letales o sedantes); y *eutanasia pasiva*, omisión de los medios necesarios para sostener la vida, bien porque no sean aplicados siendo necesarios, o bien porque una vez aplicados sean retirados, con el fin de procurar la muerte (p.e. respiración artificial, hidratación y alimentación artificial, diálisis).

Asimismo, en el ámbito de la eutanasia activa, atendiendo a la *intencionalidad*, se distingue a su vez entre: *eutanasia activa directa*, acción encaminada a provocar de forma intencionada la muerte (p.e. inyección letal) que en muchos ordenamientos

⁴³ M. SUREDA GONZÁLEZ, «Enfermo terminal, Muerte y Eutanasia», en Asociación Catalana de Estudios Bioéticos [www.aceb.org].

⁴⁴ A.M. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., p. 15.

⁴⁵ Para la clasificación se siguen los criterios sugeridos por J. VEGA GUTIÉRREZ, «La pendiente resbaladiza en la eutanasia en Holanda», *Cuadernos de Bioética*, vol. 18, núm. 62, 2007, pp. 90-92.

⁴⁶ Una crítica de la distinción entre eutanasia directa e indirecta, en el sentido de que ambas merecen el mismo juicio moral negativo, puede verse en I. ÁLVAREZ GÁLVEZ, *La eutanasia voluntaria autónoma*, cit., pp. 85-86.

jurídicos (p.e. el español) se equipara a un homicidio con unas características determinadas; y *eutanasia activa indirecta*⁴⁷, acción encaminada a minorar o suprimir el sufrimiento que conlleva, como efecto secundario, la aceleración del proceso de muerte (p.e. sedación paliativa).

Atendiendo a la *autonomía de la voluntad*, y, por tanto, cambiando de perspectiva, también se puede distinguir entre: *eutanasia voluntaria*, cuando es expresamente solicitada por el paciente de forma inequívoca bien en tiempo presente o bien en diferido por haber otorgado el documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas (consentimiento); y *eutanasia involuntaria*, cuando se aplica sin que conste el consentimiento expreso del paciente. Parece evidente que no cabe imponer la eutanasia en contra de la voluntad del paciente por lo que este supuesto constituirá siempre un homicidio o un asesinato⁴⁸.

En la sociedad actual el término “eutanasia” se utiliza principalmente para identificar a la eutanasia “activa, directa y voluntaria”, que es punible en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos; siendo necesario, por tanto, distinguirla de otras *figuras afines* directamente relacionadas con la muerte de las personas:

- *cacotanasia*: hace referencia a los “casos en los que se quita la vida a un enfermo en contra de su voluntad o sin tener constancia de cuál es su deseo al respecto”. Conforme a la clasificación anteriormente expuesta, esta figura se incluiría en la eutanasia activa directa involuntaria y sería punible (constitutiva de homicidio o asesinato)⁴⁹;

- *distanasia*: (muerte difícil), se emplea para identificar el encarnizamiento terapéutico que consiste en la prolongación artificial de la vida del enfermo terminal mediante la utilización de medios proporcionados o desproporcionados⁵⁰ pese a la certeza de que no existe posibilidad de recuperación. Esta figura sería

⁴⁷ M. GÓMEZ TOMILLO, «Tratamiento y límites jurídicos penales de la eutanasia activa indirecta. El derecho a no sufrir», *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, M. GÓMEZ TOMILLO, J.J. LÓPEZ-IBOR y J.A. GUTIÉRREZ FUENTES (coords.), Madrid, 2008, p. 180.

⁴⁸ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, 2011, p. 191.

⁴⁹ J. GAFO, *Bioética teológica*, Madrid, 2003, p. 258.

⁵⁰ Corresponde a los médicos determinar qué medios se pueden considerar proporcionados y cuáles desproporcionados para un paciente determinado, teniendo en cuenta sus circunstancias concretas. No obstante, hay una serie de medios que hoy día se consideran habitualmente como ordinarios o proporcionados (la hidratación y la nutrición por boca o sonda nasogástrica, son los cuidados básicos mínimos). Sobre el tema puede consultarse COUNCIL OF EUROPE, «Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations», mayo de 2014, p. 12.

susceptible de reproche ético, pero no jurídico salvo que lesione la integridad del paciente⁵¹;

- *adistanasia*: (dejar morir en paz al que no tiene esperanza de sobrevivir), se emplea para identificar la omisión o retirada de medios extraordinarios o desproporcionados para prolongar artificialmente la vida de un enfermo terminal. Están ausentes, tanto la acción positiva de matar como la posibilidad de llevar una vida natural. Conforme a la clasificación anteriormente expuesta, esta figura se incluiría en la eutanasia pasiva⁵²; y

- *ortotanasia*: (muerte correcta o a su tiempo), se emplea para designar una situación intermedia entre la *eutanasia* y la *distanasia*. Se diferencia de la *eutanasia* porque no busca provocar ni acelerar la muerte, y de la *distanasia* porque no persigue prolongar una vida terminal a toda costa. Hace referencia a la situación en la que se deja el enfermo terminal fallecer como consecuencia del proceso natural de la muerte sin emplear medios para provocar su deceso ni para prolongar el proceso por medios extraordinarios. No se opone a la utilización de medios paliativos para aliviar el dolor y el sufrimiento del enfermo que se encuentra en el estadio final de su existencia; desde el punto de vista ético, sería la figura más adecuada para gestionar el tránsito hacia la muerte⁵³.

Por su parte el *suicidio asistido*, también denominado *eutanasia voluntaria autónoma*⁵⁴, se caracteriza porque, previa solicitud del enfermo terminal, o que se encuentra en una situación de existencia irreversible e insoportable, un tercero (normalmente, pero no necesariamente, miembro del personal sanitario) facilita el suicidio a través p. e. de la entrega de un fármaco letal y de las instrucciones y los medios para su utilización. A diferencia de la eutanasia, en el suicidio asistido la muerte no se produce como consecuencia de la intervención directa de un tercero sino por la acción del propio paciente que se administra a sí mismo el fármaco.

⁵¹ A. FERNÁNDEZ-CORONADO y S. PÉREZ ÁLVAREZ, *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Valencia, 2014, pp. 325-326.

⁵² M. MORENO ANTÓN, M., «Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, 2003, p. 2.

⁵³ M. GÓMEZ SANCHO y M. OJEDA MARTÍN, «Medicina paliativa y eutanasia», *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, cit., p. 533. Y, en el mismo sentido, I. ÁLVAREZ GÁLVEZ, *La eutanasia voluntaria autónoma*, cit., p. 260.

⁵⁴ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, cit., p. 191.

Realizadas estas precisiones se analiza, a continuación, la proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia para valorar su encaje constitucional.

4. Análisis de la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia formulada en España por el Grupo Parlamentario Socialista

El pasado 3 de mayo del año en curso se presentó ante el Congreso de los Diputados, conforme al art. 124 del Reglamento del Congreso de los Diputados, la *Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* redactada por el Grupo Parlamentario Socialista (PSOE)⁵⁵, que tiene como objetivo principal la modificación de la regulación jurídica vigente que tipifica como delito la eutanasia (activa directa) y el suicidio asistido (ex. art. 143.4 del Código penal).

4.1. Breve síntesis de la regulación vigente

La inducción al suicidio, la cooperación al suicidio (que incluye el suicidio asistido), y el auxilio ejecutivo al suicidio (eutanasia activa directa), son conductas tipificadas como delito que están reguladas en el art. 143 del Código penal.

Desde el punto de vista jurídico, como destaca DIAZ RIPOLLES⁵⁶, la eutanasia es el comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación o no aplazamiento de la vida del afectado. En la eutanasia se produce un grave conflicto individual de la persona que, sufriendo una enfermedad incurable con graves padecimientos, quiere morir, y la asistencia de un tercero que, por un móvil piadoso, propicia con su intervención la anticipación de su muerte. Esta cuestión tiene reflejo en el art. 143.4 del Código penal que dispone literalmente lo siguiente: *“El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera*

⁵⁵ Proposición de Ley 122/000239 publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 21 de mayo de 2018, *cit.*

⁵⁶ J.L. DIAZ RIPOLLES, «Eutanasia y derecho», *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. Perspectiva comparada*, 1996, pp. 50-51.

graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

El bien jurídico protegido es la vida humana; y ello con independencia que sea la víctima la que libremente disponga de su vida, o preste su consentimiento para que otro lo haga. Debe recordarse que el suicidio o la tentativa para el suicidio no son punibles, pero, por el contrario, sobre la base del respeto y protección que merece la vida humana, no es lícito inducir al suicidio ni cooperar de forma necesaria causando la muerte de quien se quiere suicidar. No obstante, considerando que este tipo de comportamientos suelen tener razones compasivas o humanitarias, y valorando jurídicamente el consentimiento de la víctima, estas conductas se castigan con menos severidad que el homicidio común.

Se entiende por *cooperación al suicidio* (suicidio asistido o eutanasia voluntaria autónoma) la ayuda que se presta a una persona antes de su suicidio. La *conducta típica* exige al sujeto la ejecución de actos necesarios que tengan por objeto facilitar y/o permitir la consecución del suicidio. Para que se considere que los actos son necesarios, se exige una participación con un elemento que sea imprescindible para que se produzca el suicidio, p.e. facilitar la entrega o el consumo de algún fármaco letal.

Se entiende por *auxilio ejecutivo al suicidio* (eutanasia activa directa) la ejecución de actos que conllevan directamente la muerte de una persona, p.e. inyección letal. La *conducta típica* exige que la acción ejecutada por el sujeto tenga por objeto y persiga causar la muerte de la persona.

En ambos supuestos (suicidio asistido y eutanasia activa directa) deben concurrir los siguientes presupuestos como *elementos del tipo*:

- que la persona padezca una enfermedad grave que conduzca a la muerte, o que sufra una enfermedad grave que le produzca padecimientos permanentes y difíciles de soportar (concepto jurídico indeterminado susceptible de interpretación);
- que la persona de forma expresa (verbal o escrita), seria e inequívoca preste su consentimiento y solicite su muerte⁵⁷; y

⁵⁷ La petición de muerte debe ser producto de la reflexión y la voluntad del enfermo y no puede dar lugar a dudas sobre si ha existido o no, por lo que no puede inferirse de actos presuntos. Se discute si puede autorizarse este tipo de conductas en el documento de Instrucciones Previas o Voluntades Anticipadas y la doctrina entiende que es muy cuestionable porque el paciente debe tener control del acto hasta el último momento, por lo que no parece que sea posible aplicar el precepto respecto de aquellas personas que en el momento de la decisión estaban privadas de conocimiento, por más que tiempo atrás hubieran manifestado su consentimiento. Por tanto, el consentimiento debe ser actual, esto es, inmediato temporalmente a la decisión. J.L. DIAZ RIPOLLES, «Eutanasia y derecho», *cit.*, p. 57.

- que los actos ejecutados por el sujeto sean necesarios bien para la consecución del suicidio, o bien para provocar la muerte de la persona de forma directa.

Conforme a lo expuesto cabe concluir que el Código penal español, actualmente vigente, sólo tipifica como delito el “suicidio asistido” y la “eutanasia activa directa”, dejando al margen de todo reproche la eutanasia pasiva⁵⁸ y la eutanasia activa indirecta.

4.2. *Motivos y contexto que se esgrimen para justificar la Proposición*

La propuesta de regulación se justifica por la concurrencia de dos *motivos*: *demanda social*, al considerar que en las últimas décadas el debate sobre la eutanasia se ha trasladado de los ámbitos científicos y académicos a la sociedad; y *progresiva legalización de las conductas eutanásicas en los países del entorno*, a través de dos modelos para su tratamiento normativo: uno basado en la concurrencia de razones compasivas que justifican su despenalización (excusa absolutoria), y otro basado en la regulación expresa, autorizando el recurso a estas prácticas cuando se cumplen determinados requisitos.

De la redacción dada a la *Exposición de Motivos* cabe deducir que los proponentes apuestan por el segundo modelo descrito (regulación), al considerar que la despenalización de estas conductas no ofrece las garantías jurídicas necesarias. Y, por consiguiente, optan por transformar la eutanasia en un derecho, de aparente rango constitucional, que encontraría sustento en los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y en una serie de bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad. Para garantizar la eficacia de este derecho así reconocido, la eutanasia se incluiría como una prestación sanitaria más de financiación pública en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (art. 16), bajo la denominación de “prestación de ayuda para morir” (art. 3.6).

En la propia *Exposición de Motivos* se aclara que la regulación propuesta se ciñe a dos *conductas* que sólo resultarían de aplicación “en un contexto eutanásico” (art. 10): la “*eutanasia voluntaria activa directa*” (administración directa de una sus-

⁵⁸ Se puede discutir si la pasividad médica ante un enfermo terminal o de mal pronóstico ha sido o no correcta, en cuyo caso la posible responsabilidad penal del personal sanitario por su inactividad vendría determinada a través del homicidio imprudente o del delito de denegación de auxilio. J.L. DÍAZ RIPOLLES, «Eutanasia y derecho», *cit.*, p. 59.

tancia a una persona que lo haya requerido y que cause su muerte); y el “suicidio asistido o eutanasia voluntaria autónoma” (prescripción y/o suministro de una sustancia a una persona que lo haya requerido, de manera que esta se la pueda auto administrar para causar su propia muerte). Y, al efecto, describen en los siguientes términos lo que denominan “contexto eutanásico”: “enfermedad grave e incurable” (la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos, constantes e insoportables, sin posibilidad de alivio que el paciente considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva, art. 3.2); o “discapacidad grave crónica” (situación en la que se produce en la persona afectada una invalidez de manera generalizada de valerse por sí mismo, sin que existan posibilidades fundadas de curación y, en cambio, sí existe seguridad o gran probabilidad de que tal incapacidad vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona. Se entienden por limitaciones aquellas que inciden fundamentalmente sobre su autonomía física y actividades de la vida diaria, así como sobre su capacidad de expresión y relación, originando por su naturaleza sufrimientos físicos o psíquicos constantes e intolerables, sin posibilidad de alivio que el paciente considere tolerable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico, art. 3.3).

4.2.1. La dignidad como fundamento: significado legal de muerte digna

Una lectura de la *Exposición de Motivos* permite concluir que el valor de la dignidad se convierte en fundamento y objetivo primario de toda la Proposición.

A pesar de los distintos significados que se le atribuyen⁵⁹, una primera aproximación a la dignidad es concebirla como el respeto debido a toda persona, por encima de sus circunstancias propias, que prohíbe cualquier trato que pueda suponer un menoscabo en su consideración de ser humano, de forma tal que la idea de dignidad humana responde a la exigencia de ser respetado y respetar a sus iguales⁶⁰.

⁵⁹ Sobre los diferentes significados del término “dignidad” *vid.* A. M. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, *cit.*, pp. 113-118. Respecto a las dificultades del término en el campo de la bioética *vid.* J.L. BELTRÁN AGUIRRE, «El derecho de las personas a una muerte digna», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre 2010, pp. 86-87. Y con relación a su sentido jurídico *vid.* M^a J. PAREJO GUZMÁN y E. ATIENZA MACÍAS, «Derecho a decidir sobre la propia salud ante el final de la vida humana. Testamento vital y eutanasia», en A. FERNÁNDEZ CORONADO y S. PÉREZ ÁLVAREZ (dirs.), *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 297-304.

⁶⁰ F. DE MONTALVO, *Muerte digna y Constitución: los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009, pp. 239-240.

Sobre la dignidad (contenido y alcance) se ha pronunciado también el TCe afirmando que es la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, que comporta el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno⁶¹. El TCe, en su interpretación, lo identifica como un valor espiritual y moral inherente a la persona, que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás⁶². Procede destacar que en el ordenamiento español la dignidad no está configurada como derecho sino como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1)⁶³. Por tanto, como ha señalado el TCe, constituye un criterio interpretativo rector de cualquier norma o actuación que afecte a la persona porque la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo así un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no pueden conllevar un menosprecio para la estima que merece la persona⁶⁴.

El fundamento de la Proposición (que coincide en parte con el fundamento de la legislación autonómica) es el reconocimiento de la dignidad como valor intrínseco de la persona y base del respeto que todo ser humano merece, la cual no depende ni se vincula al grado de conciencia ni de autonomía. La muerte no puede ser separada de la vida como algo distinto, por lo que el imperativo de la vida digna alcanza también a la muerte, de forma que una vida digna requiere una muerte digna⁶⁵. La dignidad de los ciudadanos trata de protegerse mediante el estableci-

⁶¹ STCe 53/1985, de 11 de abril, FJ 6º.

⁶² STCe 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º.

⁶³ En sentido diferente cabría destacar que el Preámbulo de la Ley gallega 5/2015 de 26 de junio de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales proclama que la dignidad humana es un derecho reconocido explícitamente, en su art. 10 por nuestra Carta Magna.

⁶⁴ STCe 53/1985, de 11 de abril.

⁶⁵ En la *Exposición de Motivos* de la Proposición se establece que “El contexto eutanásico, en el cual se acepta legalmente prestar ayuda para morir a otra persona, debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física y mental en que se encuentra la persona, a las posibilidades de intervención para aliviar su sufrimiento, y a las convicciones morales de la persona sobre la preservación de su vida en unas condiciones que considere incompatibles con su dignidad personal. Así mismo, han de establecerse garantías para que la decisión de poner fin a la vida se produzca con absoluta libertad, autonomía y conocimiento, protegida por tanto de presiones de toda índole que pudieran provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables, o incluso decisiones apresuradas. Este contexto eutanásico, así delimitado, requiere de una valoración cualificada y externa a las personas

miento de un marco normativo que proyecte seguridad jurídica sobre las prácticas y el tratamiento asistencial a dispensar en el final de la vida⁶⁶.

El contexto en el que se garantiza la protección de la dignidad personal es el del proceso de la muerte, entendiendo por tal un final próximo e irreversible, eventualmente doloroso y potencialmente lesivo para la dignidad de quien lo padece; y el objetivo de las medidas legales es intentar aliviarlo en su transcurrir respetando la dignidad, la autonomía, la integridad física y la intimidad personal (*Exposición de Motivos*). No obstante, a diferencia de las legislaciones autonómicas, la proposición se extiende a la eutanasia. El contexto eutanásico se circunscribe a la persona afectada por una enfermedad incurable e irreversible que se encuentra en situación terminal o de agonía (art. 3 Proposición). A criterio de los proponentes son dos las situaciones que constituirían antecámaras de la muerte y en las que se reconocen los derechos que pretenden dignificarla incluyendo expresamente la eutanasia y el suicidio asistido: la situación terminal⁶⁷ y la situación de agonía⁶⁸.

solicitante y ejecutora, previa y posterior al acto eutanásico. Al mismo tiempo, se garantiza la seguridad jurídica y el respeto a la libertad de conciencia del personal sanitario llamado a colaborar en el acto de ayuda a morir”.

⁶⁶ En la *Exposición de Motivos* de la Proposición se señala que “La eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe co-honestar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Por esta misma razón, el Estado está obligado a proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica”.

⁶⁷ El término se utiliza en un sentido lato para aludir al pronóstico de cualquier paciente que padece una enfermedad mortal con un pronóstico vital de seis meses o menos, y la situación se caracteriza por la presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable e irreversible, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses y en la que pueden concurrir síntomas intensos y cambiantes así como un gran impacto emocional en pacientes y familiares. J.J. BONILLA SÁNCHEZ, «El derecho a morir dignamente en Andalucía», *Espacio y Tiempo. Revista de Ciencias Humanas*, núm. 25, 2011, p. 177.

⁶⁸ Fase que precede a la muerte y que se manifiesta clínicamente por un deterioro físico grave, debilidad extrema, trastornos cognitivos y de conciencia, dificultad de relación y de ingestión, así como pronóstico vital de horas o pocos días. J.J. BONILLA SÁNCHEZ, «El derecho a morir dignamente en Andalucía», *cit.*, p. 179.

Puesto que, en todo caso, la finalidad de la normativa es proteger el ideal de la muerte digna, es preciso concretar qué debe entenderse por tal y si cabe entender que pueda extenderse a la eutanasia.

Con carácter previo debe señalarse que la expresión muerte digna no se refiere al hecho de la muerte, sino a la dignidad del moribundo cuando su final sea irreversible y esté próximo⁶⁹. Para un sector doctrinal, una muerte digna exige que la persona no sea tratada como una cosa, sino como un ser humano de manera que, si la situación es irreversible, pueda decidir morir sin dolor y con limitación del esfuerzo terapéutico⁷⁰. Para otros autores, la muerte digna implica poner término a la permanente indignidad de vivir una vida sobrecargada de valores negativos, de intenso sufrimiento personal, una vida carente de valor vital, lo que impone la obligación de garantizar a la persona que lo quiera el no mantenimiento artificial de una mera vida biológica no acompañada de una mínima calidad de vida personal⁷¹.

En España, el concepto de muerte digna, extraído del consenso social, y reflejado en las leyes autonómicas, viene integrado por los siguientes parámetros⁷²: morir con el mínimo sufrimiento físico, psíquico o espiritual; morir acompañado de los seres queridos; morir bien informado, si se desea, y no en el engaño falsamente compasivo de una esperanza irreal; morir pudiendo rechazar los tratamientos que no se desean; morir cuando llegue el momento, sin prolongación artificial de la vida; morir según los deseos íntimos previamente expresados en un testamento vital; morir en la intimidad personal y familiar; morir sin tener que soportar tratamientos que no son útiles y sólo alargan el fin innecesariamente; y morir bien cuidado, morir a tiempo, morir dormido si se quiere, morir en paz. En las legislaciones autonómicas se han considerado como medidas clave para conseguir el ideal de buena muerte o de muerte digna: el respeto a la autonomía de la persona en el proceso de su muerte, el derecho a recibir cuidados paliativos integrales de calidad, y el derecho a no sufrir obstinación terapéutica⁷³. Toda esta filosofía, como señala

⁶⁹ A. RODRÍGUEZ, «Muerte digna y derechos en los Estatutos de Autonomía», *Constitución y Democracia ayer y hoy* (Libro homenaje a Antonio Torres del Moral), vol. 3, 2012, p. 3503.

⁷⁰ Por todos F. DE MONTALVO, *Muerte digna y Constitución: Constitución: los límites del testamento vital*, cit., pp. 28 y 347-348.

⁷¹ J.L. BELTRÁN AGUIRRE, «El derecho de las personas a una muerte digna», cit., p. 85.

⁷² Sobre el recorrido histórico que ha sufrido el concepto de muerte digna en España vid. P. SIMÓN LORDA, «Muerte digna en España», *Derecho y Salud*, núm. 16, noviembre, 2008, pp. 75-94.

⁷³ Por todas y a título de ejemplo vid. *Exposición de Motivos de la Ley foral navarra 8/2011 de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.*

MORENO ANTÓN⁷⁴, pretende proporcionar a la persona “ayuda en el morir” sin contemplar, en ningún caso, la “ayuda directa a morir”.

4.2.2. *La autonomía como presupuesto: el consentimiento informado*

El contexto en el que se inserta la Proposición tiene como premisa el valor emergente de la autonomía personal, que está consagrada en distintos textos internacionales: en el art. 3 CDFUE, que reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, y la obligación de respetar, en el marco de la medicina y la biología, “el consentimiento libre e informado de la persona, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley”; en el art. 5 del *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que dispone que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento; y en el art. 5 de la *Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos* aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005, que establece que habrá de respetarse la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones.

En España, la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente* establece como regla general que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios del sistema sanitario, el derecho de éstos a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, así como a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley (ex. arts. 2.2, 2.3, 2.4 y 8.1).

Por su parte, el TEDH ha considerado que la imposición de un tratamiento médico sin consentimiento del paciente es atentatoria de su integridad física y que bajo la cobertura del art. 8 CEDH, que proclama el derecho a la vida privada, una persona puede reivindicar el derecho a elegir morir rechazando un tratamiento que podría tener como efecto prolongar su vida⁷⁵. En esta línea, el TCE, además de haber reconocido el derecho de las personas a rechazar un tratamiento, aun a sabiendas

⁷⁴ M. MORENO ANTÓN, «Dignidad humana y final de la vida en las disposiciones autonómicas», *cit.*, p. 54.

⁷⁵ STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty* c. Reino Unido, § 63-65 y STEDH Gran Sala de 5 de junio de 2015, caso *Lambert* y otros c. Francia, § 142.

de que ello puede hacer que peligre su vida⁷⁶, ha afirmado que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente a su derecho fundamental a la integridad física (ex. art. 15 CE), a la facultad que este derecho supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándola (...), de tal manera que la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica es la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal⁷⁷.

La Proposición que ahora se analiza tiene como presupuesto la defensa de la autonomía individual de la persona y la consiguiente necesidad de su participación en la toma de decisiones durante el proceso de muerte, en función de su capacidad (art. 5 Proposición). A criterio de los proponentes, los principios de libertad y autonomía personal que se derivan de la dignidad humana deben presidir también la situación más crucial de la existencia que es el proceso de muerte⁷⁸. Legislar en este ámbito supone, pues, defender la autonomía del paciente y la necesidad de reconocer su participación, según su capacidad de elección, en la toma de decisiones para conservar la salud, seguir viviendo o escapar del peligro de muerte, decisiones que afectan al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad⁷⁹.

⁷⁶ SSTCe 120/1990, 119/2001 y 154/2002.

⁷⁷ STCe 37/2011 de 28 de marzo, FJ 5º.

⁷⁸ *Vid. Exposición de Motivos* "La legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución Española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.

⁷⁹ Si el derecho a la vida se interpreta desde la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, aunque no comprenda el derecho a morir, sí implica el derecho a que nadie que no sea uno mismo decida lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar del peligro de muerte, pues son decisiones que afectan al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás". Voto particular del Magistrado Don Jesús Leguina Villa a la STCe 120/1990, de 27 de junio.

Es una realidad que la emergencia del valor de la autonomía personal ha modificado profundamente los presupuestos de la relación clínica, que debe adaptarse ahora a la individualidad de la persona enferma. Como señala FERNÁNDEZ CAMPOS en una sociedad democrática, el respeto a la libertad y la autonomía de la voluntad de la persona deben mantenerse durante la enfermedad y lograrse plenamente en el proceso de morir⁸⁰. La libertad y autonomía personales son, por tanto, el presupuesto básico del marco normativo que se diseña en relación con el final de la vida porque la persona es titular de derechos y debe dirigir su proceso en deliberación con el personal asistencial; esto significa que los profesionales no pueden ni deben hacer uso de la información al margen de la persona, ni tampoco tomar decisiones sin contar con ella⁸¹.

En este contexto el derecho a la información no puede desligarse del derecho a consentir libremente (máxima expresión de la autonomía de la voluntad)⁸². En palabras del TCe, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación⁸³. La necesidad de suministrar información y la solicitud del consentimiento informado se erigen, pues, en garantías principales de la autonomía personal durante todo el proceso de muerte⁸⁴.

4.3. Estructura de la Proposición

La Proposición de Ley se estructura en un total de 22 artículos, cinco disposiciones adicionales, una derogatoria, y tres disposiciones finales. Los artículos se distribuyen en cinco *capítulos*: I. Disposiciones Generales: objeto, ámbito de aplicación y definiciones; II. Derecho de las personas a solicitar la prestación de ayuda

⁸⁰ J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS, «Leyes para una muerte digna y voluntades anticipadas», *Derecho y Salud*, vol. 23, núm. 1, 2013, p.58.

⁸¹ *Exposición de Motivos* de la Proposición.

⁸² Sobre el derecho a la información en el ámbito de la salud *vid.* S. TARODO SORIA, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao 2005, pp. 291 y ss.

⁸³ STCe 37/2011 de 28 de marzo, FJ 5º.

⁸⁴ Sobre el tema, en profundidad, A. ROVIRA VIÑAS, *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

para morir y condiciones para su ejercicio: requisitos y condiciones de la solicitud; III. Deberes y obligaciones de los facultativos y facultativas que presten o denieguen la ayuda para morir y garantías que han de observarse: regular la actuación del personal sanitario; IV: Garantía en el acceso a la prestación de ayuda para morir: garantizar a todos el acceso a la prestación, así como incluirla en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud; y V. Comisiones de control y evaluación. Las *disposiciones adicionales* persiguen garantizar que los que ejerciten el derecho al amparo de la ley, y sus herederos, no se vean perjudicados en materia de seguros; reconocen la posibilidad de anticipar el ejercicio del derecho en un futuro a través del otorgamiento de las denominadas instrucciones previas; y, en materia de régimen sancionador, remiten a la Ley General de Sanidad. En las *disposiciones finales*, se procede, en consecuencia, con el nuevo ordenamiento jurídico, a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar todas las conductas eutanásicas en los supuestos y condiciones establecidos por la ley.

4.4. Objeto y ámbito de aplicación

El *objeto* de la ley que se propone es regular: el derecho de las personas a solicitar y recibir ayuda para morir cuando concurren las circunstancias que se establezcan conforme al procedimiento y garantías que se fijen; los deberes del personal sanitario; y las obligaciones de las Administraciones Públicas e instituciones sanitarias. El objetivo pretendido es asegurar el correcto ejercicio del derecho individual a la eutanasia.

La ley resultará de *aplicación* automáticamente en los ámbitos público y privado; y, previa solicitud, en los domicilios particulares. Asimismo, será aplicable: a todas las personas implicadas en la toma de decisión de la persona que solicita la eutanasia; al personal sanitario que participe, directa o indirectamente, en el proceso de muerte voluntaria; y a las entidades aseguradoras o mutualidades (art. 2).

4.5. Sujetos implicados

¿Quién tiene derecho a demandar la prestación?

El ejercicio del derecho se atribuye, con carácter general (art. 5), a los españoles y residentes legalmente en España que sean mayores de edad, tengan plena capacidad, se encuentren conscientes a fecha de la solicitud, y padezcan:

- una *enfermedad grave o incurable*, entendiéndose por tal, “la que por su naturaleza origina sufrimientos psíquicos o físicos, constantes e insoportables, sin posibilidad de alivio que el paciente considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva” (art. 3.3); y/o

- una *discapacidad grave crónica*, entendiéndose por tal, la “situación en la que se produce en la persona afectada una invalidez de manera generalizada de valerse por sí mismo, sin que existan posibilidades fundadas de curación y, en cambio, sí existe seguridad o gran probabilidad de que tal incapacidad vaya a persistir durante el resto de la existencia de la persona”. Las limitaciones inciden en su autonomía física y actividades diarias, originando sufrimientos físicos o psíquicos constantes e intolerables, sin alivio y, en ocasiones, con dependencia absoluta de apoyo tecnológico (art. 3.2).

Con carácter excepcional (art. 6), y sólo para el supuesto en se hayan suscrita instrucciones previas al respecto, se extiende el ejercicio del derecho a la persona declarada en *situación de incapacidad permanente de hecho*: entendiéndose por tal la persona que, a criterio médico, no tiene capacidad para tomar decisiones, o no puede hacerse cargo de su situación por su estado físico o psíquico (art. 3.7).

¿Quién tiene el deber de prestarla?

El *personal sanitario* que incluye al denominado *médico consultor* que, a los efectos de la ley, es el “facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo y servicio que el médico” (art. 3.4).

Otros intervinientes

En la toma de decisiones relacionadas con la solicitud y acceso a la prestación, “todas las personas responsables” (art. 2).

En el ejercicio de la prestación, Administraciones Públicas, especialmente las CCAA que deben crear una Comisión de Control y Evaluación que resuelva reclamaciones, verifique si se han cumplido correctamente las condiciones y procedimientos, compruebe que el acceso a la prestación se facilita de forma igualitaria y sin trabas, detecten incumplimientos y resuelvan dudas (art. 20 a 22).

La eficacia de la prestación vincula a las entidades aseguradoras y mutualidades puesto que “la muerte producida (...) se considerará equivalente a una muerte natural a todos los efectos” (art. 2 y DA 1^a).

4.6. *Prestación de ayuda para morir*

4.6.1. *Formalidades y contenido de la prestación*

Solicitud de la prestación: condiciones, requisitos y denegación

La solicitud se sustenta sobre el “consentimiento informado”, esto es, que el solicitante haya tomado una “*decisión autónoma*”, entendiéndose por tal la que está fundamentada “en el conocimiento de los hechos más relevantes de su proceso”, tras haber recibido la “*información adecuada*” por el equipo sanitario” (art. 4.2).

El solicitante debe reunir las siguientes *condiciones* (art. 5):

- nacionalidad española o residencia legal;
- mayoría de edad, plena capacidad y consciencia (salvo que sean persona declaradas en situación de incapacidad permanente de hecho que hayan suscrito instrucciones previas al respecto, art. 6);
- sufrir una enfermedad grave e incurable o padecer una discapacidad grave crónica;
- haber recibido información adecuada y suficiente sobre su proceso, incluyendo alternativas y, específicamente, las posibilidades de “acceder a cuidados paliativos”;
- prestar el consentimiento informado, que se incorporará a la historia clínica.

La solicitud debe reunir las siguientes *condiciones* (art. 5 3^a):

- doble (la solicitud debe reiterarse expresa y formalmente en el plazo de quince días naturales);
- voluntaria y libre (ajena a toda presión externa);
- expresa y por escrito.

La solicitud, que se incorporará a la historia clínica del paciente, y podrá ser revocada en cualquier momento, debe cumplir los siguientes *requisitos* (art. 7):

- fecha y firma de la persona solicitante otorgada en presencia del profesional sanitario (en caso de imposibilidad física podrá firmar, en presencia del solicitante

y del profesional sanitario, otra “persona mayor de edad y plenamente capaz” haciendo constar “que el solicitante no puede hacerlo”;

- rubrica del profesional sanitario.

La solicitud puede ser *denegada motivadamente* por el médico responsable. Si la denegación se justifica por motivos ajenos al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, el solicitante o sus familiares y allegados “podrán presentar una reclamación ante la Comisión de Control y Evaluación” y el médico responsable “está obligado a informarles de esta posibilidad” (art. 8).

Deberes y obligaciones del personal sanitario

El *médico responsable* de ejecutar la prestación debe cumplir los siguientes *deberes y obligaciones* (art. 9):

- iniciar un proceso informativo-deliberativo con el solicitante, asegurándose que comprende la información, sobre: diagnósticos; posibilidades terapéuticas; resultados esperables; y cuidados paliativos posibles;

- informar a familiares y allegados, si el solicitante lo desea;

- constatar que el solicitante sufre una enfermedad grave e incurable o padece una discapacidad grave crónica;

- comprobar que el solicitante cumple las condiciones exigidas;

- comprobar que la solicitud cumple las condiciones y los requisitos exigidos;

- comprobar y aplicar las instrucciones previas otorgadas por el paciente en los supuestos de personas en situación de incapacidad de hecho;

- comunicar al equipo asistencial la petición de la prestación y el estado del proceso deliberativo con el paciente;

- consultar a otro facultativo, que sea ajeno al equipo médico y competente en el ámbito de la patología padecida por el solicitante, para que, previo estudio de la historia clínica y examen del paciente, corrobore en un informe elaborado en el plazo máximo de diez días, que se cumplen todas las condiciones y requisitos legalmente exigibles; informe que se pondrá a disposición del paciente y se incorporará a la historia clínica han cumplido condiciones y requisitos y, finalmente, redactar un informe que también se incluirá en la historia;

- comprobar que han transcurrido un mínimo de quince días naturales entre la fecha de firma de la segunda solicitud y el día previsto para la ejecución de la prestación;

- informar a la Comisión de Evaluación y Control, con carácter previo, a la ejecución de la prestación;
- respetar los *valores vitales* del solicitante (convicciones y creencias que dan sentido a su proyecto de vida y sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte, art. 3.8) absteniéndose de imponer criterios de actuación basados en los suyos propios (art. 11); y
- ejecutar la prestación “con el máximo cuidado y profesionalidad” (art. 10);

Modalidades de ejecución (art. 10):

- *Eutanasia activa directa*: el médico, tras administrar directamente la sustancia letal, asistirá al solicitante hasta el momento de su muerte; y
- *Suicidio asistido o eutanasia voluntaria autónoma*: el médico, tras prescribir la sustancia letal, que el propio solicitante se auto administrará, mantendrá la debida observancia y apoyo al paciente hasta el momento de su fallecimiento.

Sistema de Control: las Comisiones autonómicas de Control y Evaluación (arts. 13-15):

La Proposición contempla un doble mecanismo de control para los supuestos en que el médico responsable autorice la ejecución de la prestación solicitada: un sistema de *control previo* (art. 15) y un sistema de *control a posteriori* (art. 13). Recibida la comunicación del médico responsable autorizando la solicitud, corresponde a la Comisión emitir el pronunciamiento definitivo. Con carácter previo deberá emitirse informe preceptivo no vinculante, elaborado en el plazo de siete días por un médico y un jurista, para comprobar si, a su criterio, concurren los requisitos y condiciones establecidos legalmente para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir ayuda para morir. El control *a posteriori* consiste simplemente en la remisión por parte del médico responsable de la documentación pertinente tras la ejecución de la prestación.

En todo caso procede destacar que la ejecución de la prestación podrá realizarse prescindiendo del control previo, si a criterio del médico responsable el paciente se encuentra en situación de “muerte o pérdida de capacidad inminentes” (art. 9.9).

Corresponde también a la Comisión tener conocimiento de las solicitudes denegadas; y ello con independencia de la existencia, o no, de reclamación formulada por la persona solicitante o sus familiares y allegados. En la citada comunicación, el médico responsable deberá concluir los datos clínicos relevantes para la evaluación del caso y el motivo que justifica la denegación.

4.6.2. *Formas de ejercicio: voluntades anticipadas y valores vitales*

Son dos los cauces o instrumentos principales previstos para garantizar la autonomía personal y la dignidad en el proceso de muerte. El primero, ya indicado, es el derecho de la persona a la información clínica, al consentimiento informado y a la toma de decisiones. El segundo consiste en su derecho a realizar la declaración de voluntades anticipadas (o instrucciones previas) y a que sean respetadas. Se trata de dos derechos que tienen un presupuesto común, el principio de autonomía de la voluntad, si bien en el consentimiento informado la voluntad se manifiesta de forma presente y directa en el momento en que surge la necesidad de la intervención sanitaria, mientras que en la declaración de voluntades anticipadas el consentimiento se anticipa para el caso futuro en que surja la necesidad⁸⁵.

En el ordenamiento español los documentos de instrucciones previas se contemplan con carácter general en el art. 11 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente* y pueden ser emitidos por una persona mayor de edad, capaz y libre, en el que hace constar su voluntad anticipada sobre los cuidados y el tratamiento de su salud para cuando no sea capaz de expresarse o sobre el destino de su cuerpo y órganos, una vez que haya fallecido. En el mismo documento se puede nombrar un representante para que sirva como interlocutor con el equipo sanitario a efectos de procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, que pueden revocarse libremente en cualquier momento.

La primacía de la autonomía personal se refleja en el contenido de estos documentos que pueden incorporar también los “valores vitales” que se definen como el conjunto de valores y creencias de una persona que dan sentido a su proyecto de vida y que sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte⁸⁶. Se trata de opciones, objetivos vitales y valores personales que ayudan a interpretar la voluntad de la persona, a fin de facilitar la toma de decisiones ante situaciones clínicas no contempladas explícitamente en las instrucciones previas y que se tendrán en cuenta para presumir su voluntad si estuviera en ese momento en situación de capacidad, a fin de adoptar decisiones en las si-

⁸⁵ F. DE MONTALVO, *Muerte digna y constitución: los límites del testamento vital*, cit., p. 54.

⁸⁶ F. ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, «Estudio jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas», en J. SÁNCHEZ-CARO y F. ABELLÁN (coords.), *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Granada 2008, p. 129.

tuaciones clínicas no contempladas explícitamente en la manifestación anticipada de voluntad.

La designación de representante en el documento de instrucciones previas es una posibilidad legal que debe aconsejarse siempre desde el punto de vista clínico, pues será el interlocutor válido que proporcione al equipo médico mayor garantía para expresar e interpretar la voluntad de la persona que no puede hacerlo por sí misma⁸⁷.

4.6.3. Colisión de derechos: la objeción de conciencia del personal sanitario

La primacía de la voluntad y autonomía personales, rectora de todas las relaciones clínicas, también de las derivadas del proceso de muerte, puede generar serios conflictos si se pone en relación con la *lex artis*, con las buenas prácticas médicas y con las normas deontológicas de la profesión sanitaria, que no puede ser obligada a actuar en su contra. Por eso, en la *Exposición de Motivos* señalan los proponentes que la eutanasia conecta con el derecho fundamental a la vida, pero debe cohonestarse también con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos (la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE)). Por consiguiente, consideran que cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad e integridad (contexto eutanásico) “el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida”.

Por consiguiente, la regulación de la eutanasia persigue una doble *finalidad*:

- garantizar que las personas puedan decidir poner fin a su vida con absoluta libertad, autonomía y conocimiento, conforme a sus valores vitales y convicciones morales sobre la no preservación de su vida en unas condiciones que consideren incompatibles con su dignidad personal (art. 11); y
- garantizar la seguridad jurídica y el respeto a la libertad de conciencia del personal sanitario que debe ejecutar la prestación (art. 12).

⁸⁷ F. ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, «Estudio jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas», *cit.*, p. 134.

El derecho a la objeción de conciencia ante el deber de ejecutar la prestación podrá ser ejercido sólo por los profesionales sanitarios directamente implicados. El ejercicio de la objeción constituye una decisión individual que debe manifestarse anticipadamente y por escrito.

Se impone a las CCAA la obligación de crear un Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia al objeto de poder garantizar “una adecuada gestión de la prestación”.

4.7. *Valoración crítica*

I. La Proposición se justifica en torno a dos motivos y uno de ellos es su legalización en los países del entorno; argumento, a mi criterio insuficiente y de poco peso, puesto que de los 29 países de la UE la eutanasia y/o el suicidio asistido sólo han sido legalizados en tres (Holanda, Bélgica y Luxemburgo) y en Europa, fuera de la UE, sólo Suiza tiene regulado el suicidio asistido. Al respecto del otro motivo, la demanda de la sociedad española, creo que en el debate social se aprecia una gran diferencia entre el suicidio asistido, que puede gozar de una mayor aceptación (especialmente a raíz de la repercusión mediática del caso de Ramón Sampredo), y la eutanasia activa directa. Asimismo, procede recordar que, tras la de los grupos Parlamentarios de Unidos Podemos y Ciudadanos, ésta sería la tercera Proposición que se presenta sin que se haya generado un aumento del tono en el debate social exigiendo su regulación. No creo, por tanto, que existe una demanda social que reclame la configuración de la eutanasia como un derecho individual.

II. La proposición a mi criterio utiliza una terminología confusa que puede inducir a una interpretación errónea “prestación de ayuda para morir”. No obstante, si nos atenemos a la descripción de las dos modalidades que se contemplan en el art. 10, la denominación escogida sólo se identificaría plenamente con la segunda modalidad (art. 10 b)) que contempla el suicidio asistido, puesto que en la eutanasia activa directa (art. 10 a)) el personal sanitario no ayuda a morir, sino que provoca efectivamente la muerte del paciente.

III. Si prospera la Proposición la eutanasia no sólo quedaría despenalizada, sino que se convertiría en un derecho individual de configuración legal ¿y rango constitucional? Si fuese así se generan a lo largo del articulado varias lagunas en lo que atañe a los titulares del derecho y a su ejercicio. En primer lugar, se restringe el ejercicio a los nacionales o residentes legales. ¿Esto significa que no se aplicará a los inmigrantes que se encuentran en situación administrativa irregular? ¿si se restituye la sanidad universal, como anuncia el Gobierno, quedarán excluidos de esta pres-

tación? En segundo lugar, se restringe el ejercicio a los mayores de edad ¿qué va a pasar con los menores de edad que se encuentran en situación análoga? Y los mayores de 16 años ¿van a poder consentir? Procede recordar que en algunas CCAA (p.e. Navarra) pueden otorgar instrucciones previas por lo que podría ser paradójico: si están conscientes, no podrían solicitar la prestación, pero en estado de inconsciencia y con instrucciones previas otorgadas ¿podrían solicitarla? En tercer lugar, se restringe el ejercicio del derecho a los conscientes o a los no conscientes que hayan otorgado instrucciones previas al respecto ¿Qué va a pasar con los declarados en situación de incapacidad permanente de hecho que no hayan otorgado instrucciones previas o que lo hayan hecho con anterioridad a la regulación y no recojan una mención expresa? ¿Podrían estas lagunas conllevar el reconocimiento del derecho por vía judicial o de hecho y abrir la puerta de la eutanasia involuntaria? Al respecto resultan muy interesantes las reflexiones sobre la denominada teoría de la pendiente resbaladiza que, como señala VEGA GUTIÉRREZ, ya es una realidad en Holanda y Bélgica⁸⁸.

IV. En mi opinión se otorgan demasiadas atribuciones al médico responsable ¿van a tener ahora los médicos la competencia para modificar la capacidad de las personas (art. 6)? ¿van a decidir la urgencia para aplicar la prestación eludiendo así el control previo que se atribuye al Comité de cada Comunidad Autónoma (art. 9.9)? ¿si la muerte es inminente porqué se recurre a la eutanasia activa directa y no a la sedación paliativa? ¿quién decide? ¿va a establecerse algún tipo de control al respecto?

V. En mi opinión no se contemplan suficientes garantías para el ejercicio del derecho a la objeción. ¿sólo va a poder objetar el médico responsable de administrar o suministrar el fármaco o se extiende el derecho a cualquier implicado en el proceso p. e. enfermeras? La objeción debe manifestarse anticipadamente ¿y qué pasa con la objeción sobrevenida, no se contempla? ¿la objeción se extenderá necesariamente a ambas modalidades o cabrá la posibilidad de objetar sólo a la eutanasia activa directa?

⁸⁸ J. VEGA GUTIÉRREZ, «La práctica de la eutanasia en Bélgica y la pendiente resbaladiza», *Cuadernos de Bioética*, núm. 62, 2007; y J. VEGA GUTIÉRREZ, «La pendiente resbaladiza en la eutanasia en Holanda», *Cuadernos de Bioética*, núm. 62, 2007.

5. Reflexión final

Para el ordenamiento jurídico español, la vida no es un bien absolutamente indisponible. El art. 15 CE impone al estado el deber de protegerla frente a ataques de terceros, pero no impone a su titular el deber de vivir; prueba de ello es que el suicidio (en grado de tentativa) no es un acto penado por la ley.

No obstante, la interpretación del TCe sobre la disponibilidad de la propia vida no es clara ni uniforme. En pronunciamientos relacionados con el derecho a la vida, el TCe ha interpretado que la vida no es un derecho de libertad y, por tanto, que la CE no confiere a las personas una facultad de disposición sobre su propia vida, que tampoco podría fundamentarse en la autodeterminación personal porque no es un derecho fundamental (SSTCe 11/1991 y 67/1991). En sentido diferente el Alto Tribunal afirmó que la decisión de arrostrar la propia muerte es una manifestación del principio general de libertad que informa la CE (STC (STC 154/2002, FJ 12º), y la disposición fáctica de la vida forma parte del círculo de la libertad personal, porque esa disposición constituye una manifestación del *agere licere* en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe (STC 120/1990, FJ 6º).

En términos igualmente dudosos cabría interpretar que la CE recoge un principio de disponibilidad mínima de la vida al consagrar, también en el art.15, el derecho fundamental a la integridad física y moral puesto que, según la doctrina del TCe, este derecho protege frente a cualquier tipo de intervención en el cuerpo del sujeto que carezca del consentimiento de su titular, y por eso se lesiona si se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles (religiosos, filosóficos, etc.) y no sólo por el deseo de morir (STC 120/1990, FJ 8º). Pero existe una gran diferencia entre rechazar un tratamiento médico y exigir la prescripción o administración de un fármaco que provoque la muerte.

Conforme a lo expuesto, no cabe albergar duda alguna sobre el encaje constitucional de la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta (situación jurídica actual) pero no puede afirmarse, con rotundidad, que el suicidio asistido y la eutanasia activa tengan el respaldo constitucional invocando la autonomía personal y los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

Algumas questões e perspetivas em torno da eutanásia *

Maria João Vasconcelos | Margarida Santos

*Prof.^{as} Auxiliares da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadoras do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

Resumo: As questões relacionadas com o fim da vida e, em particular, com a eutanásia, suscitam enormes dúvidas e desafios, estando em causa uma problemática transversal que inevitavelmente convoca várias áreas do saber.

No âmbito desta breve comunicação, pretendemos, num primeiro momento, clarificar o conceito de eutanásia, de forma a compreender que atos enformam a problemática em debate. Em seguida, analisa-se a questão da eutanásia à luz do direito constituído, tecendo-se, por fim, algumas considerações e perspetivas no plano do direito a constituir, deixando algumas dúvidas e interrogações.

Palavras-chave: Eutanásia ativa; eutanásia passiva; princípio da inviolabilidade da vida humana; princípio da autodeterminação.

1. Introdução

As questões atinentes ao fim da vida e, em particular, a questão da eutanásia, suscitam uma enorme controvérsia¹. Com efeito, está em causa uma questão transversal – que envolve e convoca diversas áreas do saber (ética, filosófica, médica, jurí-

* Este texto corresponde, com ligeiras alterações de estilo, à comunicação apresentada na I Conferência Internacional de Direito e Bioética, subordinada ao tema “Novas Questões do Direito da Saúde”, organizada pelo Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), na Escola de Direito da Universidade do Minho, no dia 23 de novembro de 2018. Nesta medida, as notas de rodapé e as indicações bibliográficas afiguram-se reduzidas. Sobre o tema, ver já, sobretudo no âmbito de estudos portugueses, entre outra bibliografia relevante, a bibliografia referida na nota 1.

¹ Sobre o tema, ver, *inter alia*: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «O Problema da Ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica», in *As técnicas modernas de reanimação; conceito de morte; aspectos médicos, teológico-morais e jurídicos*, Porto, 1973, pp. 29-48 [publicado também na *Ciência Penal* (S. Paulo), tomo 1, 1975, pp. 10-23]; e «A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137, n.º 3949, março/abril de 2008, pp. 202 a 215; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, «Anotação ao Artigo 133.º», in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 81 e ss.; MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Anotação ao Artigo 134.º e ao Artigo 135.º», in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.),

dica, entre outras). Embora a nossa abordagem seja sobretudo jurídica, não podemos, pois, deixar de reconhecer o carácter interdisciplinar desta delicada questão.

A resolução dos problemas práticos relacionados com o fim da vida pressupõe sempre uma ponderação valorativa que é feita dentro de um determinado quadro legislativo. No que toca, em particular, ao problema da eutanásia, a questão que se coloca prende-se, desde logo, com a relativização do bem ou valor da vida por força da sua ponderação com o bem ou valor da autonomia ou da qualidade de vida dos pacientes.

O conceito de eutanásia revela-se um conceito ambíguo, o que, desde logo, promove dúvidas e incertezas no debate atual sobre o tema.

No âmbito desta breve comunicação, pretendemos, num primeiro momento, tecer algumas considerações, de forma a clarificar o conceito de eutanásia, a compreender que atos enformam a problemática em debate, já que esta clarificação nos parece prioritária no âmbito do tratamento dos problemas relacionados com o fim da vida. Em seguida, procuraremos analisar a questão da eutanásia à luz do direito constituído e, por fim, teceremos algumas considerações no plano do direito a constituir, deixando algumas dúvidas e interrogações.

Comentário Conimbricense do Código Penal, parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 95 e ss.; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, «Eutanásia. Não obrigado? (Caso Pretty v. reino Unido)», Sub Judge, 2001, n.º 22/23, pp. 171 e ss.; JOSÉ DE FARIA COSTA e INÊS FERNANDES GODINHO (orgs.), As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal, Uma perspectiva integrada, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010 (ver, nomeadamente MÁRIO FERREIRA MONTE, «Da relevância penal de aspectos onto-axiológico-normativos na eutanásia – análise problemática», pp. 305 e ss.; HELENA MONIZ, «Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações», pp. 343 e ss.; INÊS FERNANDES GODINHO, «Implicações jurídico-penais do critério de morte», pp. 359 e ss., entre outros artigos da obra citada); JOSÉ DE FARIA COSTA, «O fim da vida e o direito penal», in Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos, Coimbra, Coimbra Editora, 2005 (também publicado em Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003 pp. 759 e ss.); BENEDITA MAC CRORIE, «A eutanásia e o auxílio ao suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», in Scientia Iuridica, Tomo LII, n.º 297, 2003, pp. 447 e ss.; e «Deve o Estado ser neutro? As questões difíceis do aborto e da eutanásia», in BENEDITA MAC CRORIE e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA (coords.), Pessoa, Direito e Direitos. Colóquios 2014/2015, Centro de Investigação Interdisciplinar Direitos Humanos, 2016, pp. 25-34 (e-book, disponível em: http://www.dh-cii.eu/0_content/Pessoa_Direito_Direitos_web.pdf); TERESA QUINTELA DE BRITO, «Eutanásia activa direta e auxílio ao suicídio: não punibilidade?», Boletim da Faculdade de Direito, n.º 80, 2004, pp. 563 e ss.; HELENA PEREIRA DE MELO e TERESA PIZARRO BELEZA, «Uma vida até à morte: cuidados paliativos no direito português», in Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (orgs.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, Vol. 4, pp. 665 e ss.; INÊS FERNANDES GODINHO, Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal, Coimbra, Coimbra Editora, 2015; WALTER OSSWALD, Morte a pedido – o que pensar da eutanásia, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016; PEDRO VAZ PATTO, «A vida que se discute, a brecha aberta pela eutanásia», Acção Médica, Eutanásia e Religiões, Ano LXXXI, n.º 2, junho de 2018, entre outras obras.

2. O conceito e os tipos de eutanásia

De acordo com um entendimento muito amplo, difundido largamente na doutrina jurídica, a eutanásia será uma ação ou omissão através da qual se causa a morte de uma pessoa, a seu pedido ou, ainda que não seja a seu pedido, no seu interesse – para evitar o seu sofrimento ou, não tendo sido possível evitar o seu sofrimento, para o atenuar. Este conceito amplo abrange a eutanásia ativa e a eutanásia passiva, a eutanásia ativa direta e a eutanásia ativa indireta, a eutanásia voluntária e a eutanásia involuntária.

O termo ‘eutanásia ativa’ designa os casos em que o sujeito age com intenção de provocar a morte do paciente e o termo ‘eutanásia passiva’ os casos em que o sujeito não age para a prevenir. Na eutanásia passiva, o comportamento negativo por parte do sujeito pode traduzir-se na omissão ou recusa de utilização de meios técnicos idóneos a manter ou prolongar a vida de um paciente, quando já se iniciou o processo de morte. Em termos simples, a eutanásia passiva significa deixar morrer.

No que toca ao conceito de eutanásia passiva, podemos ainda distinguir a omissão inicial e a omissão superveniente, por interrupção do tratamento. No primeiro caso, causa-se a morte de uma pessoa por não se adotar as medidas que prolongariam a sua vida; deixa-se morrer a pessoa através de uma abstenção terapêutica. No segundo caso, deixa-se morrer a pessoa através de uma interrupção terapêutica, ou seja, por suspensão das medidas terapêuticas iniciadas.

O conceito de eutanásia ativa compreende a eutanásia ativa direta, em que a intenção do agente é provocar a morte (por exemplo, estão aqui em causa as situações em que o médico dá ao paciente uma injeção letal ou um copo de veneno que o paciente deve ingerir), e a eutanásia ativa indireta, em que a intenção do agente é tão-só atenuar o sofrimento do doente, administrando-lhe analgésicos que visam o controlo da dor e do sofrimento do paciente e que podem conduzir, enquanto consequência lateral, ao encurtamento da vida.

Por fim, o termo ‘eutanásia voluntária’ designa as hipóteses em que uma pessoa capaz de formar uma vontade livre e esclarecida e de agir em conformidade com a sua vontade livremente formada faz um pedido para que a matem ou para que a deixem morrer. O termo ‘eutanásia involuntária’ pode designar duas hipóteses diferentes: pode suceder, por um lado, que a pessoa não tenha formado uma vontade livre e esclarecida ou que, tendo-a formado, não a tenha declarado; pode suceder, por outro lado, que uma pessoa capaz de formar uma vontade livre e esclarecida e de agir conforme a sua vontade (livremente formada) faça o pedido de que não a matem (ou de que não a deixem morrer).

Este conceito amplo de eutanásia abarca, portanto, uma pluralidade de termos que designam diferentes contextos de ponderação.

3. Poderá o direito à vida ser interpretado no sentido de atribuir a uma pessoa o direito diametralmente oposto: o direito a morrer?

A primeira questão que se coloca no que toca à eutanásia consiste em saber se o direito à vida constitucionalmente consagrado pode ser interpretado no sentido de atribuir a uma pessoa o direito diametralmente oposto: o direito a morrer.

No Acórdão de 29 de julho de 2002, no caso *Pretty contra o Reino Unido*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) pronunciou-se no sentido de que o direito à autodeterminação, enquanto direito de escolha entre a vida e a morte, estaria sempre fora do âmbito de proteção do art. 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). No entanto, considerou também que o reconhecimento de um tal direito, com o argumento de que corresponde a um aspeto fundamental da condição humana, poderia procurar-se dentro do âmbito de proteção de disposições diferentes, designadamente dentro do âmbito de proteção do direito ao respeito pela vida privada, protegido pelo art. 8.º da CEDH².

No âmbito da possibilidade de deduzir do art. 8.º da CEDH, o direito de autodeterminação sobre o processo de morte, o TEDH abre a porta para o reconhecimento de um direito à eutanásia ativa voluntária. Todavia, sugere que o imperativo de tutela de um direito de autodeterminação sobre a vida e a morte, decorrente do referido art. 8.º, deve completar-se com um imperativo de tutela do direito à vida que, estando em causa pessoas vulneráveis, constitui os Estados num duplo dever de proteção destas pessoas – contra si próprias e contra terceiros – contra os perigos relacionados com a atuação ou o exercício de um direito de autodeterminação sobre a vida e a morte, deduzido do art. 2.º da CEDH³.

² Cf. NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, «A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o fim da vida», *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 5 (3), julho/setembro de 2016, disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/334/406> (última consulta a 23.11.2018).

³ Para maior desenvolvimento sobre a jurisprudência do TEDH, nomeadamente a propósito do Acórdão de 30 de janeiro de 2011 (*Haas contra a Suíça*), do Acórdão de 8 de novembro de 2011 (*V. C. contra a Eslováquia*), do Acórdão de 4 de fevereiro de 2014 (*Oruk contra a Turquia*) e do Acórdão de 23 de fevereiro de 2016 (*Cizek contra a Turquia*), ver NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, «A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o fim da vida», *cit.*

O dever de proteger as pessoas vulneráveis tem como corolário o dever de conformação de um procedimento adequado para que a decisão de cada pessoa seja uma decisão livre e esclarecida. Existindo um procedimento capaz de garantir que a decisão seja tomada com plena liberdade e com pleno conhecimento de causa, a permissão da eutanásia ativa direta, dentro do quadro legislativo traçado, poderia corresponder a uma ponderação sustentável dos bens ou valores conflitantes.

Também entre nós é consensual a rejeição de um direito jurídico-constitucional à eutanásia, enquanto “direito de exigir de um terceiro a provocação da morte para atenuar sofrimentos («morte doce»)”⁴.

Ora, o que se tem discutido um pouco por toda a parte é a possibilidade de disposição da própria morte em determinadas circunstâncias, apelando-se à ponderação de direitos e valores constitucionais (vida humana, dignidade da pessoa humana, autonomia individual), com implicações, desde logo, no ordenamento jurídico-penal.

4. O princípio do tratamento diferenciado dos casos de eutanásia ativa e de eutanásia passiva

De acordo com o Código Penal (CP), que em caso algum refere a palavra ‘eutanásia’, provocar ativa e intencionalmente a ocorrência da morte de outrem (com base num “pedido sério, instante e expresso”) configura uma conduta objetivamente integrante do homicídio a pedido da vítima (art. 134.º). Neste horizonte, assume igualmente relevância o incitamento ou ajuda ao suicídio (art. 135.º).

Coloca-se a questão de saber se deve o direito penal restringir a sua intervenção, indagando-se a possibilidade de uma introdução de possíveis limitações a este princípio através de uma alteração da legislação penal, colocando-se aqui os difíceis problemas em torno da eutanásia.

Importa sublinhar que esta incriminação do homicídio a pedido da vítima, apesar de existir em diversas legislações, nunca alcançou uma “aceitação pacífica”, havendo quem advogue uma redução teleológica da factualidade típica, outros fazendo alusão a amplas formas de justificação, de desculpação ou de isenção da

⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 450.

pena⁵. Ainda assim, poderemos dizer que, para situações extremas (por ex., para doentes terminais sujeitos a sofrimentos insuportáveis), poderia equacionar-se a dispensa de pena por via do estado de necessidade desculpante, nos termos do art. 35.º, n.º 2, do CP.

No nosso ordenamento jurídico, sem uma intervenção legislativa, torna-se, pois, difícil alcançar a impunidade relativamente a estes factos, porque não se vislumbra aqui qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpa.

Ou seja, no quadro normativo atual, o princípio da autonomia pessoal e do direito de autodeterminação cede face à extensão da tutela que se entendeu conferir ao bem jurídico vida humana, de tal forma que a vontade não prevalece se a morte for dada por outrem em quaisquer circunstâncias, só podendo realizar-se através de suicídio e sem a colaboração de terceiro.

Ou seja, a cumplicidade no suicídio também é um facto criminalmente punível (art. 135.º do CP), o que aumenta a limitação do princípio da autonomia pessoal.

A indisponibilidade da vida não conduz, porém, à legitimidade de intervenções ou tratamentos médicos forçados, contrários à vontade de um doente capaz de exprimir de forma atual o seu consentimento. Está em causa, neste âmbito, não a disponibilidade da vida (se assim fosse seria lícito o homicídio a pedido), mas o respeito pela integridade física e pela dignidade do doente, que seria de outro modo reduzido a objeto (já não sujeito) de uma prática médica.

Estando em causa tratamentos inúteis ou desproporcionados, que possam configurar uma exacerbação terapêutica, qualquer similitude com a eutanásia ou qualquer manifestação de um princípio de disponibilidade da vida estariam afastadas. Trata-se apenas de aceitar a inevitabilidade da morte como fenómeno natural. O doente morre por causa da doença e não por causa de alguma conduta, ativa ou omissiva, diretamente finalizada a causar a morte.

Estando em causa tratamentos úteis, necessários e proporcionados para a salvaguarda da vida, também se trata apenas de respeitar a vontade do doente, a proibição de tratamentos médicos forçados, num contexto muito diferente do nosso objeto de estudo.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, sem previamente ocupar-se de forma afirmativa e direta com o que entende por eutanásia, considera no seu art. 47.º, n.º 2, a prática daquela por um médico como “falta deontológica grave”,

⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Anotação ao Artigo 134.º e ao Artigo 135.º», *cit.*, p. 97.

dispondo no n.º 4 do art. 47.º que “não é considerada eutanásia (...) a abstenção de qualquer terapêutica não iniciada, quando tal resulte da opção livre e consciente do doente ou do seu representante legal (...)”⁶.

O tratamento diferenciado dos casos de eutanásia ativa e de eutanásia passiva é também acolhido pela jurisprudência do TEDH. No que toca à eutanásia ativa voluntária, o TEDH entende, como referimos, que deve haver uma ponderação: o imperativo de tutela de um direito de autodeterminação sobre a vida e a morte, decorrente do art. 8.º, deve completar-se com um imperativo de tutela de um direito à vida.

Já no que toca à eutanásia passiva, o que está em causa é o princípio do consentimento livre e informado, também ele um corolário do direito ao respeito pela intimidade da vida privada garantido pelo art. 8.º da CEDH. O Acórdão de 29 de julho de 2002, no caso *Pretty contra o Reino Unido*, afirma-o expressamente: “A imposição de um tratamento sem o consentimento de um paciente que seja adulto e intelectualmente capaz interferiria na integridade física de uma pessoa, de uma tal forma que pode significar uma violação dos direitos protegidos pelo art. 8.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”⁷.

Do princípio do consentimento esclarecido ou informado decorre que, nos casos em que o tratamento é adequado e necessário para prolongar a vida do paciente, a decisão da continuação do tratamento deve fazer-se atendendo à vontade, real ou presumida, do paciente. Note-se que, neste caso, o direito de escolher entre aceitar ou recusar, ou seja, entre consentir ou não consentir no tratamento proposto, é o direito de escolher entre viver ou morrer. Neste sentido, poder-se-á afirmar que o princípio do consentimento livre ou informado implica a permissão da chamada eutanásia passiva voluntária.

⁶ Sendo que aqui merecem destaque os Pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e da Associação Portuguesa de Bioética. Por exemplo, o Parecer do CNECV – Parecer sobre aspetos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida (11/CNECV/95) – também evidencia a inviolabilidade da vida humana e a inexistência de “argumentos éticos, sociais, morais ou jurídicos ou da deontologia das profissões de saúde que justifiquem a possibilidade legal da morte intencional de doentes (mesmo não declarado ou assumido como tal) por qualquer pessoa, designadamente por decisão médica, ainda que a título de «a pedido» e/ou de «compaixão»”.

⁷ Cf. Acórdão do TEDH de 29 de julho de 2002 (*Pretty contra o Reino Unido*): “(...) the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention” (parágrafo 63).

Note-se, porém, que, nos casos em que o tratamento não é adequado ou é desproporcionado, apresentando-se como clinicamente injustificado, o consentimento livre e informado do paciente já será irrelevante, pois nenhum paciente, seja ou não capaz de consentir, poderá exigir do médico um tratamento que este considere clinicamente injustificado. Nestes casos, não faz, porém, sentido falar de eutanásia. Do que se trata é aceitar a inevitabilidade da morte, recorrendo aos cuidados paliativos, na medida em que esse recurso seja necessário para aliviar a dor e o sofrimento do paciente.

5. O princípio do tratamento diferenciado dos casos de eutanásia ativa direta e de eutanásia ativa indireta

No que toca a um direito à eutanásia ativa direta (voluntária), poderá questionar-se se ele deve ser reconhecido pelos Estados, sob pena de violação do direito ao respeito pela vida privada garantido pelo art. 8.º, n.º 1, da CEDH.

No Acórdão de 29 de julho de 2002, no caso *Pretty contra o Reino Unido*, o TEDH considerou que a proibição da eutanásia ativa direta constituía uma ingerência no direito ao respeito pela vida privada garantido pelo art. 8.º, n.º 1, da CEDH e que a licitude ou ilicitude dessa ingerência deviam apreciar-se aplicando ao caso o art. 8.º da CEDH.

O TEDH concorda com o princípio de que a proibição da eutanásia ativa direta pode ser necessária para a proteção das pessoas contra si próprias ou contra terceiros. O perigo de uma perturbação importante da possibilidade fáctica de autodeterminação por causa da ingerência de terceiros é um perigo particularmente sério por causa das pressões sociais sobre pessoas com uma idade avançada ou, ainda que sem uma idade avançada, com uma doença terminal. A licitude ou ilicitude da eutanásia dependeria assim de o Estado conseguir ou não conformar um procedimento adequado para proteger as pessoas na fase final da sua vida.

O Estado deverá distinguir as pessoas que se encontram em situação de especial fragilidade e as pessoas que não se encontram em situação de especial fragilidade? Deverá distinguir as pessoas vulneráveis das pessoas não vulneráveis, para efeito de afirmar a ilicitude do suicídio assistido das pessoas vulneráveis e a licitude/não licitude da eutanásia ou do suicídio assistido das pessoas não vulneráveis?

No que toca à eutanásia ativa indireta, a intenção do agente não é causar a morte, mas apenas atenuar o sofrimento do doente.

Em alguns Autores, o termo ‘eutanásia ativa indireta’ é substituído por ‘ortotanásia’, conceito que se encontra intimamente ligado aos cuidados paliativos. Com o recurso ao termo ‘ortotanásia’, pretende-se significar que a morte ocorrida como uma consequência ou como um efeito lateral dos cuidados paliativos (e do cumprimento do dever de agir para atenuar a dor e o sofrimento) não é uma morte por eutanásia, mas sim uma “morte em tempo adequado”, nem antecipada, como acontece na eutanásia, nem retardada, como acontece na distanásia.

Nesta matéria, o TEDH reconhece que o médico tem dois deveres colidentes ou conflitantes – em primeiro lugar, o dever ético e jurídico de agir para conservar a vida e, em segundo lugar, o dever ético e jurídico de agir para conservar a qualidade de vida, fazendo diminuir o sofrimento do doente. O problema da colisão ou conflito de deveres deveria resolver-se dando em regra precedência ao dever ético e jurídico de agir para conservar a qualidade de vida do doente.

6. Perspetivas futuras: o princípio da inviolabilidade da vida humana e o princípio da autodeterminação

O tempo atual é um tempo de liberdade e o debate em torno da eutanásia mostra-nos isso mesmo. Através da análise dos projetos recentemente apresentados pelos vários partidos políticos e debatidos no Parlamento sobre a limitação da intervenção penal e a regulação da morte medicamente assistida, podemos constatar que a vida humana, que durante tanto tempo foi entendida como valor supremo na hierarquia valorativa do ordenamento jurídico, cede, nos referidos projetos, perante a invocação da autonomia, vertente da liberdade⁸.

Como argumento para a permissão da eutanásia invoca-se a liberdade de escolha do sujeito. A morte, induzida ativa e intencionalmente por outrem, seria, tendo em conta a existência de consentimento do lesado, lícita porque é expressão

⁸ Como se sabe, foram apresentados quatro Projetos de Lei: o Bloco de Esquerda (Projeto de Lei n.º 773/XIII/3.ª, que “Define e regula as condições em que a antecipação da morte, por decisão da própria pessoa com lesão definitiva ou doença incurável e fatal que se encontra em sofrimento duradouro e insuportável, não é punível”) foi o primeiro partido a apresentar um Projeto de Lei, seguido pelo Partido Pessoas-Animais-Natureza [Projeto de Lei n.º 418(PAN), que “Regula o acesso à morte medicamente assistida”], pelo Partido Socialista (Projeto de Lei n.º 832/XIII/3.ª, que “Procede à 47.ª alteração ao Código Penal e regula as condições especiais para a prática de eutanásia não punível”) e pelo Partido Ecologista “Os Verdes” (Projeto de Lei n.º 838/XIII/3.ª que “Define o regime e as condições em que a morte medicamente assistida não é punível”), todos disponíveis em <http://www.parlamento.pt>.

da liberdade individual, por sua vez essencial para que se possa falar de dignidade da pessoa humana.

Esta invocação da autonomia (liberdade de escolha) como fundamento para a permissão da eutanásia, suscita, a nosso ver, reflexão.

Em jeito de conclusão, terminámos com algumas dúvidas e interrogações, num tema altamente complexo e onde as incertezas são inúmeras:

(i) Fala-se, em abono da permissão da eutanásia, no direito a uma morte digna: a eutanásia ou “morte a pedido” seria digna porque é expressão da vontade do sujeito (da sua liberdade). Poderá a eutanásia ser encarada como forma de exercício da liberdade entendida em termos de autonomia do sujeito que pede para morrer?

(ii) Esta questão remete-nos para outras mais complexas: poderá a liberdade ancorar-se na pura vontade subjetiva do sujeito que pede para morrer?

(iii) O direito é uma ordem normativa à qual subjaz uma axiologia valorativa (rejeitamos a conceção do Direito como pura forma na total dependência da vontade do legislador, sempre tendencialmente arbitrária). A Pessoa humana e a sua ineliminável dignidade são o pilar que sustenta toda a juridicidade. O consentimento do lesado, que pede para morrer, representa uma renúncia ao direito à vida. Será que esta renúncia não atenta diretamente contra a dignidade da pessoa?

(iv) A isto acresce que a liberdade é sempre condicionada e, de modo especial, nas situações de sofrimento, intolerável. Note-se que a limitação da intervenção penal e a regulação da morte medicamente assistida tem como destinatários, *grosso modo*, os *pacientes em situação de sofrimento extremo, com doença incurável e fatal*. A pessoa que pede para morrer está a dizer que quer morrer ou que quer que aquele sofrimento morra? É preciso lembrar que a morte pela eutanásia não mata o sofrimento, mata a Pessoa. E é a mais irreversível das decisões...

(v) Por outro lado, a invocação da liberdade de escolha do sujeito como fundamento para a permissão da eutanásia pode abrir a porta à legalização de qualquer auxílio ao suicídio, mesmo para além das situações de doença terminal.

(vi) Claro que seria sempre possível tentar estabelecer critérios objetivos de determinação da licitude do pedido. Mas, ao fazê-lo, não podemos deixar de admitir que a razão que fundamenta a permissão da eutanásia pode deixar de ser a vontade, na sua subjetividade (pois, se o fosse, não seria necessário qualquer critério), podendo resvalar para o reconhecimento (ainda que disfarçado) de que há vidas que não são dignas de ser vividas.

O regime do contrato de gestação de substituição no direito português, à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 *

Maria Raquel Guimarães

Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Investigadora do CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica e do

CeDiFam – Centro di ricerca Interuniversitario su relazioni familiari e successorie nell’Europa del Sud

Resumo: O Tribunal Constitucional português veio recentemente pronunciar-se no sentido da inconstitucionalidade (parcial) do regime da gestação de substituição introduzido na Lei de Procriação Medicamente Assistida, em Agosto de 2016. A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, veio admitir a gestação de substituição num contexto contratual, enquanto objecto de um negócio jurídico bilateral, necessariamente gratuito, invertendo o sentido da lei que, até então, proibia a celebração de contratos de “maternidade de substituição” e os cominava com a nulidade. Pretendemos neste texto analisar o regime previsto para este contrato, à luz da posição assumida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril de 2018.

Palavras-chave: Procriação medicamente assistida; gestação de substituição; barriga de aluguer; maternidade sub-rogada; Tribunal Constitucional.

1. Enquadramento da questão. A contratualização da gestação humana

O legislador português regulou em 2006, através da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, a utilização de técnicas de *procriação medicamente assistida* (PMA), começando por as consagrar, numa primeira fase, como um método subsidiário e não alternativo de procriação, privativo das pessoas de sexo diferente casadas ou unidas de

* O presente estudo corresponde a uma actualização em face do Acórdão n.º 225/2018 (processo n.º 95/17) do Tribunal Constitucional, de 24 de Abril de 2018 (in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>), do nosso anterior texto, «Subitamente, no Verão Passado: A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento», in *Actas do Seminário “Debatendo a procriação medicamente assistida”*, Porto, FDUP/CIJE, 2017, pp. 107-126. Foi publicado, numa primeira versão menos extensa, na *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 44, 2018, pp. 179-200, in www.bioeticayderecho.ub.edu, e irá integrar as actas do *Congreso Internacional sobre Gestión Subrogada*, organizado em Madrid pelo IDADFE e pela UNED, em Abril de 2018.

O texto segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

facto e proibindo a inseminação *post mortem*¹. Cominou ainda com a nulidade os negócios de “maternidade de substituição” e proibiu a compra e venda de óvulos².

Dez anos volvidos sobre a versão inicial da lei, já em Junho de 2016, o legislador veio alterar a orientação primeiramente adoptada, alargando as técnicas de procriação medicamente assistida a “*todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade*”³, não obstante continuar a afirmar – em simultâneo, no mesmo normativo – o seu carácter de método subsidiário e não alternativo de procriação e a manter a regra de que estas técnicas só podem utilizar-se “*mediante diagnóstico de infertilidade*” ou em caso de doença, tal como acontecia na versão original da lei⁴. Por outro lado, as técnicas de procriação medicamente assistida passaram a ser acessíveis a *todas as mulheres*, discriminando a lei como beneficiários, de uma forma algo desconexa e com sobreposições, os “*casais de mulheres*”, casadas ou vivendo em união de facto, bem como “*todas as mulheres independentemente do seu estado civil e da respectiva orientação sexual*”, para além dos “*casais de sexo diferente*”⁵, que anteriormente tinham o exclusivo da PMA.

Relativamente à “maternidade sub-rogada” ou “gestação de substituição”, o legislador nacional veio admiti-la dois meses depois, em Agosto de 2016, num

¹ V. os arts. 4.º, 6.º e 22.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na sua versão inicial, anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho.

² V. os arts. 8.º e 18.º da referida Lei n.º 32/2006. Também em Espanha os contratos de maternidade de substituição foram objecto de regulamentação especial, prevendo a lei a sua nulidade: cfr. o art. 10.1 da *Ley* 14/2006, de 26 de Maio, que regula as técnicas de reprodução humana assistida. Sobre a situação espanhola e a posição assumida pela *Dirección General de los Registros y del Notariado* quanto à inscrição da filiação decorrente da gestação de substituição realizada noutros países, v., entre outros, ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, «La gestación por sustitución en España: un debate abierto», e ENCARNA SERNA MEROÑO, «Reflexiones en torno a la maternidad subrogada», in HELENA MOTA/MARIA RAQUEL GUIMARÃES (coords.), *Autonomía e heteronomía no direito da família e no direito das sucessões*, Coimbra, FDUP/CIJE/Almedina, 2016, pp. 761-785 e 808-814, respectivamente, e ALFREDO BATUECAS CALETRÍO, «L’iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all’estero», *Rivista di Diritto Civile*, LXI, n.º 5, Settembre/Ottobre 2015, pp. 1153 e ss. Para uma súmula da posição adoptada pelos diferentes países sobre a validade e requisitos da gestação de substituição, bem como dos argumentos contra e a favor da sua admissibilidade, v. este último Autor, *cit.*, pp. 1154-1157. Sobre as posições assumidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema, v. STÉPHANIE HENNETTE VAUCHEZ, «Deux poids, deux mesures: GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l’Union européenne», *La Revue des droits de l’homme, Actualités Droits-Libertés*, 2014, pp. 1-16.

³ V. art. 4.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho.

⁴ De facto, o n.º 3 do art. 4.º referido foi introduzido em Junho de 2016, mas mantiveram-se os n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, que afirmam o seu contrário, criando dificuldades sérias de interpretação do dispositivo.

⁵ V. o art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006.

contexto *negocial*, enquanto *objecto* de um negócio jurídico bilateral, necessariamente gratuito, cuja celebração – acrescenta a lei de forma algo prosaica – “*é feita através de contrato escrito*”⁶. Este contrato de gestação de substituição surge em Portugal como algo *radicalmente novo* no mundo negocial, atendendo à especificidade do seu *objecto*, às particularidades das prestações impostas à gestante e até à delimitação dos sujeitos com legitimidade para contratar⁷.

Porém, a solução do legislador de “importar” a gestação de substituição para o domínio contratual, regulando-a como um negócio jurídico bilateral gratuito, ainda que com especificidades que naturalmente condicionam o regime jurídico aplicável, levantou um conjunto de problemas novos sem propriamente proporcionar soluções adequadas e eficientes para as questões que o procedimento coloca, deixando em aberto um sem-número de interrogações que não podem ficar à mercê do jogo da autonomia privada. São, em muitos casos, evidentes os limites das normas contratuais e a sua desadequação neste campo, nomeadamente a ineficiência das regras da nulidade do negócio para todas as situações que a lei comina com tal consequência⁸.

Os problemas colocados por este novo regime levaram à tomada de posição do Tribunal Constitucional português, através do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril de 2018, suscitada por um pedido de fiscalização abstracta sucessiva de diversas normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade das normas que constituem o cerne do regime jurídico da gestação de substituição, ainda que admitindo o contrato *qua tale*, enquanto contrato gratuito e com carácter excepcional. É nosso objectivo neste texto proceder à análise do regime jurídico do contrato de gestação de substituição, tal como consagrado no art. 8.º da LPMA, e, ao mesmo tempo, apontar as posições que foram seguidas pelo nosso Tribunal Constitucional e que levaram à declaração da inconstitucionalidade das normas em questão.

⁶ V. o art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

⁷ Este conjunto de alterações introduzidas pelo legislador em 2016 operou o que foi considerada “uma revolução” na configuração jurídica da relação de filiação no direito português: RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida», in *Actas do Seminário “Debatendo a procriação medicamente assistida”*, cit., pp. 150-151.

⁸ Assim também, no direito italiano, ALESSANDRA CORDIANO, «La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali», in *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões*, cit., p. 744.

2. Caracterização do contrato de gestação de substituição no direito português

2.1. O tipo legal *gestação de substituição*: contrato obrigacional, gratuito, bilateral imperfeito e formal

Em face do disposto no art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) – na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto –, podemos dizer que o “contrato de gestação de substituição” é hoje, no direito português, um contrato nominado, definido pelo legislador como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”⁹.

Transcreve-se o texto integral deste art. 8.º, assinalando-se as normas que foram declaradas inconstitucionais:

Artigo 8.º

Gestação de substituição

1 – Entende-se por ‘gestação de substituição’ qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

2 – ~~A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional 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].~~

3 – ~~A gestação de substituição só pode ser autorizada [através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante].~~

4 – ~~A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervi-~~

⁹ Na realidade, o contrato aqui em estudo era já um contrato nominado desde 2006, ainda que com um *nomen iuris* distinto – “maternidade de substituição”. O legislador, na nova versão da lei, quis afastar a qualidade de *mater* da gestante, alterando por essa razão o *nomen* do contrato para “gestação de substituição”. Na versão inicial da lei, o contrato de maternidade de substituição era nominado mas nulo, sendo a gestante havida como mãe da criança que viesse a nascer, dada a ausência de efeitos jurídicos do contrato. Sobre esta alteração “terminológica”, v. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição», *Julgar Online*, Janeiro 2017, pp. 12-14 (<http://julgar.pt/author/margarida-silva-pereira>).

~~siona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2.~~

5 – ~~É proibido qualquer tipo de pagamento ou a 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, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.~~

6 – ~~Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.~~

7 – ~~A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.~~

8 – ~~No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei.~~

9 – ~~Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.~~

10 – ~~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, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.~~

11 – ~~O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.~~

12 – ~~São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.~~

A disciplina legal de base que a LPMA veio conferir ao contrato permite identificar a existência de um *tipo legal*, ainda que com grandes espaços “em branco” e inúmeras “zonas cinzentas”, e, deste modo, considerá-lo como uma modalidade típica do contrato de prestação de serviços¹⁰. São elementos essenciais do contrato de

¹⁰ A disciplina legal de base de um contrato, que permite vê-lo como um contrato típico, não se basta com uma qualquer regulamentação do contrato, devendo ser suficientemente completa “para dar às partes a disciplina básica do contrato” (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 208) e ir ao encontro do tipo social existente, de modo a que o contrato seja reconhecível “fora (...) do mundo do Direito” (RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 42). O contrato de gestação de substituição é, desde há muito tempo, um contrato *socialmente típico*, sendo reconhecido nos seus caracteres essenciais nas diferentes sociedades, independentemente da sua consagração pelo direito, da sua validade e aceitação social. A título meramente exemplificativo,

gestação de substituição a obrigação de suportar uma gravidez; a obrigação de entrega da criança; a gratuidade do negócio; e a actuação da gestante *por conta* dos beneficiários¹¹.

O contrato de gestação regulado pela LPMA é um contrato obrigacional, pelo qual alguém (uma mulher) se obriga a submeter-se a uma técnica de PMA e a proporcionar à contraparte o resultado da gravidez por si suportada, sem retribuição¹². Obriga-se, portanto, a um *facere*, num primeiro momento, e, posteriormente, a um *dare*, para utilizar a distinção clássica entre prestações de meios e prestações de resultado.

O contrato é, necessariamente, gratuito, proibindo a lei “qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança”, actuando, a gestante, com espírito de liberalidade, com o altruísmo próprio de quem quer proporcionar a outrem a possibilidade de ser mãe de uma criança gerada propositadamente para o efeito, não se verificando a alternativa de a beneficiária suportar ela própria a gravidez¹³. Ao contrário do que aconte-

vejam-se as noções avançadas em diferentes épocas e ordens jurídicas por RICHARD A. POSNER, «The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood», *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5, 1989, p. 21, RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, «Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality», *Bioethis*, v. 29, n.º 8, 2015, p. 529, ETIENNE MONTERO, «La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas», *Persona y Derecho*, n.º 72, 1, 2015, p. 224, e ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, «La gestación por sustitución en España: un debate abierto», *cit.*, pp. 759-760. Este contrato pode, ainda assim, enquadrar uma “fenomenologia complexa”, como adverte ALESSANDRA CORDIANO, em «La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali», *cit.*, pp. 741-743, consoante as partes no contrato sejam ou não fornecedoras do material genético que irá dar origem ao embrião que a gestante irá suportar. Em sentido distinto daquele assumido no texto, afirmando que o contrato de gestação “está longe de ser” um contrato típico, embora entendem-do-o como um contrato de prestação de serviços, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, «Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)», *Revista do Ministério Público*, 149, Janeiro/Março de 2017, pp. 10, 23-24.

¹¹ Não tomamos aqui partido no sentido da adopção da doutrina tradicional dos *essentialia negotii* como critério de qualificação dos contratos, limitando-nos a apontar os elementos em que a noção escolhida pela lei se decompõe. Sobre a doutrina dos *essentialia* e sua apreciação crítica, v. RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, *cit.*, pp. 79-90.

¹² Também o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 225/2018, identificou como obrigações essenciais da gestante no contrato de gestação de substituição as obrigações de “submeter-se a uma técnica de PMA”, de “suportar a gravidez por conta dos beneficiários até ao fim e dar à luz a criança”, e de “entregar a criança nascida aos beneficiários”: v. II, B), B.1., n.º 8, p. 12.

¹³ Nos termos do n.º 2 do art. 8.º do diploma em análise, a gestação de substituição tem natureza “excepcional”, só sendo possível “nos casos de ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”. No que respeita à gratuidade do negócio, v. os n.ºs 2 e 5 do art. 8.º.

tece noutros sistemas, as obrigações assumidas pela gestante não têm uma contrapartida a proporcionar pelos beneficiários da gestação e só nessa medida é que se considerou que este acordo era admissível à luz do direito constitucional português, porque garantia a liberdade da gestante e, assim, salvaguardava a sua dignidade.

O contrato de gestação de substituição não é, porém, um contrato unilateral puro. O contrato começa por gerar apenas obrigações para uma das partes, mas, havendo despesas inerentes à gravidez suportada pela gestante, surgirá a obrigação de reembolso dessas mesmas despesas. Estaremos perante um contrato *bilateral imperfeito* em que não existe um nexo de corresponsabilidade entre as prestações das partes, um sinalagma, uma vez que o reembolso das referidas despesas não constitui contrapartida da actividade desenvolvida pela gestante, pelo que não serão aqui aplicáveis os institutos próprios dos contratos sinalagmáticos, nomeadamente a excepção de não cumprimento¹⁴.

O contrato de gestação regulado pela LPMA é ainda um contrato formal, exigindo a lei a sua celebração através de documento escrito e exigindo também a inclusão no documento de um conteúdo mínimo cuja omissão é cominada com a nulidade do contrato. Diz o n.º 10 do art. 8.º que o contrato deve conter as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez. A lei delimita também o conteúdo do contrato pela negativa, assinalando, por outro lado, que o contrato “*não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade*”¹⁵. Pretendeu o legislador salvaguardar a liberdade da gestante, obviando à introdução de cláusulas contratuais que ponham em causa, nomeadamente, o seu direito à liberdade física, psicológica, sexual. O Tribunal Constitucional não considerou, porém, estes cuidados suficientes, como assinalaremos no texto.

2.2. *As partes no contrato*

O contrato de gestação de substituição surgiu, no nosso Direito, como um contrato “de mulheres”, paradoxalmente assumido em Portugal como uma reivin-

¹⁴ Sobre os contratos bilaterais imperfeitos v. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1992 (reimp), pp. 43-44.

¹⁵ Cfr. o n.º 11 do art. 8.º da LPMA. Sobre este ponto, v., *infra*, n.ºs 3 e 4.

dicação (um “direito a procriar”, como defendem alguns¹⁶) de mulheres, quando em outras paragens é criticado pelos movimentos feministas com fundamento na instrumentalização que pressupõe do corpo da mulher e na exploração que potencia¹⁷. De acordo com o Tribunal Constitucional, porém, a gestação de substituição, “com o perfil traçado pelo legislador português, ou seja, enquanto modo de procriação excepcional, consentido autonomamente pelos interessados e acordado entre

¹⁶ O Tribunal Constitucional considerou que “a gestação de substituição tem (...) uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa, nomeadamente, o direito de constituir família e o direito de procriar”. Porém, este direito de procriar não integra “um direito subjetivo a toda e qualquer forma de procriação assistida”, conforme especificou este Tribunal, acrescentando que “insista-se, nada disto implica a aceitação de um direito fundamental à procriação por via da gestação de substituição, que, de resto, devido à essencialidade da intervenção voluntária de uma mulher disposta a suportar a gravidez por conta dos beneficiários e a entregar a criança após o parto, o Estado jamais estaria em condições de satisfazer diretamente”: Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.4.1., n.º 27, p. 26. Em Espanha, negando a existência de um direito a procriar com base em técnicas de procriação medicamente assistida, v. ENCARNA SERNA MEROÑO, «Reflexiones en torno a la maternidad subrogada», *cit.*, pp. 814-817, e MÓNICA NAVARRO MICHEL, «La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿como?», in RICARDO GARCÍA MANRIQUE (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 242-243. Ainda em Espanha, sobre a gestação de substituição e o reconhecimento de um direito de autonomia reprodutiva, compreendendo a faculdade de poder reproduzir-se mediante os genes a que se tenha acesso na procriação assistida – que não pode ser limitado pelo Estado arbitrariamente, mas que também não pode implicar obrigações para o Estado que este não possa assumir –, v. NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ, «La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva», in *El cuerpo diseminado...*, *cit.*, pp. 225-226.

¹⁷ Veja-se, já na década de 80, JOAN MAHONEY, «An Essay on Surrogacy and Feminist Thought», *Law, Medicine & Health Care*, 16, 1-2, Spring 1988, pp. 81 e ss.; e, mais recentemente, MARIA EUGENIA R. PALOP, «Argumentos contra la gestación por sustitución», in *El cuerpo diseminado...*, *cit.*, pp. 262 e ss. Diferente é a posição de RICHARD A. POSNER, «The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood», *cit.*, pp. 27-28, que entende que os argumentos feministas contrários à gestação de substituição – no sentido de que leva a uma instrumentalização da mulher e à exploração económica da sua sexualidade – “não são convincentes” e são paternalistas, desde logo porque idênticas preocupações não são esgrimidas em face dos doadores de esperma. Advogando também uma visão feminista a favor da gestação sub-rogada e argumentando que a luta feminista contra estas práticas contraria as posições assumidas anteriormente em matéria de aborto, contraceção, famílias não tradicionais e emprego, v. LORI B. ANDREWS, «Surrogate Motherhood: the challenge for feminists», *Law, Medicine & Health Care*, 16, 1-2, Spring 1988, pp. 72 e ss., em especial p. 73. Veja-se, porém, a refutação destes argumentos que é feita por JOAN MAHONEY, «An Essay on Surrogacy and Feminist Thought», *cit.*, pp. 82-84, e A. M. CAPRON e M. J. RADIN, «Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood», *Law, Medicine & Health Care*, 16, 1-2, Spring 1988, pp. 38-41. Para mais desenvolvimentos sobre a posição feminista em face da gestação de substituição, v. o estudo recente de ELEONORA LAMM, «Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo», in *El cuerpo diseminado...*, *cit.*, pp. 194 e ss., bem como as referências aí citadas.

os mesmos por via de contrato gratuito previamente autorizado por uma entidade administrativa, *só por si*, não viola a dignidade da gestante nem da criança nascida em consequência de tal procedimento nem, tão-pouco, o dever do Estado de protecção da infância”¹⁸. Entendeu este Tribunal que a necessária gratuidade do contrato traduz uma garantia da liberdade da actuação da gestante e da sua autonomia e que a sua participação no projecto parental dos beneficiários é “co-constitutiva” e expressão de *solidariedade activa*, “não podendo deixar de ser vista como exercício da *liberdade de exteriorização da personalidade* ou liberdade de ação de acordo com o projeto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias (...) que é indissociável (...) [da] dignidade própria do ser humano”¹⁹. No entanto, a decisão esteve longe de ser unânime, havendo várias declarações de voto em sentido distinto, contestando a validade do contrato, apoiadas na ideia de instrumentalização da mulher e de violação da sua dignidade²⁰.

No contrato de gestação de substituição, a gestante é, por imperativo biológico, uma mulher e um homem ou um casal de homens não podem assumir a posição de beneficiários. A posição jurídica do beneficiário no contrato será sempre assumida por, pelo menos, uma mulher – que não pode levar avante uma gravidez –, só, casada ou em união de facto, com um homem ou com outra mulher, como resulta do art. 6.º da LPMA.

O Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro, que veio regulamentar a Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho – que alterou a LPMA –, refere no seu texto preambular que esta lei veio alargar o âmbito dos seus beneficiários “*garantindo o acesso de todos os casais e todas as mulheres à PMA, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade*”, no sentido de assegurar, acrescenta, o “*princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA e rejeitando-se a exclusão de qualquer mulher no acesso às mesmas*”. Igualdade, porém, que, reafirmamos, distingue em fun-

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Comunicado de 24 de abril de 2018 – Acórdão n.º 225/2018*, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa02-bd4453.html>, n.º 2.

¹⁹ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.4.1., n.ºs 24-28, pp. 23-27. Este princípio da gratuidade como garantia da autonomia da mulher é apoiado por MÓNICA NAVARRO MICHEL, «La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿como?», *cit.*, pp. 245-247. Em sentido distinto, dissociando a gratuidade da protecção da mulher e entendendo que esta leva, pelo contrário, à sua exploração e que reforça uma visão sexista e discriminatória da mulher, v. as posições enunciadas por ELEONORA LAMM, «Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo», *cit.*, pp. 207-208.

²⁰ V. as “Declarações de voto” dos juízes Maria de Fátima Mata-Mouros, Maria José Rangel de Mesquita, José António Teles Pereira e João Pedro Caupers.

ção do sexo, na medida em que os homens, não inseridos numa relação heterossexual, não podem recorrer a estes procedimentos²¹.

Por outro lado, o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, que veio regulamentar o contrato de gestação de substituição, inexplicavelmente introduziu o conceito de “*casal beneficiário*” da gestação de substituição, dizendo que o pedido de autorização prévia deveria ser acompanhado da sua identificação, bem como da identificação da gestante de substituição²², parecendo partir do pressuposto de que os beneficiários do procedimento teriam de ser necessariamente *um casal*. Ao mesmo tempo, vem exigir que “*a mulher elemento do casal beneficiário*” comprove que “*se encontra nas condições previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006 (...)*”, como se os beneficiários da gestação de substituição tivessem de ser um *casal heterossexual*, e afastando as hipóteses que a lei expressamente compreende, de a beneficiária ser uma mulher só ou um casal de mulheres. Curiosamente, o legislador sentiu necessidade de afirmar no texto que introduz o articulado deste decreto regulamentar que “*A necessidade imperiosa de cumprimento dos requisitos já legalmente fixados exige, portanto, que a regulamentação concretize as condições indispensáveis à plena aplicação das*

²¹ Chama a atenção, numa perspectiva crítica, para o argumento da *desigualdade em face da infertilidade* enquanto fundamento da gestação de substituição, ETIENNE MONTERO, «La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas», *cit.*, p. 224. A Autora também se refere a uma desigualdade entre casais homossexuais de mulheres e de homens, na medida em que estes últimos têm na maternidade de substituição o único recurso para terem filhos, enquanto as primeiras podem recorrer à inseminação artificial. Sobre o argumento da desigualdade em face da infertilidade (ou de outras barreiras que impeçam a formação de uma família, como a idade avançada, um baixo Q.I., ou outras), ver também A. M. CAPRON e M. J. RADIN, «Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood», *cit.*, p. 38. Também FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ, «Técnicas de reproducción asistida y filiación en uniones homosexuales en España», in *Autonomía e heteronomía no direito da família e no direito das sucessões*, *cit.*, pp. 834-838, aponta o facto de os casais homossexuais de homens (ou os homens só) terem de recorrer necessariamente à maternidade de substituição para terem descendência biológica. Em Portugal, no mesmo sentido, v. VERA LÚCIA RAPOSO, «Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)», *cit.*, pp. 26-27. Critica a discriminação dos casais de homens em relação aos casais de mulheres e aos casais heterossexuais em que a LPMA assenta, MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição», *cit.*, p. 9. Também RUTE TEIXEIRA PEDRO questiona a constitucionalidade desta regra com base no princípio constitucional da igualdade em função do sexo: «The dawn of a brave new world in Portugal: a critical overview of the new legal framework applicable to medically-assisted procreation», in *The International Survey of family Law*, Bristol, LexisNexis, 2017, p. 275.

²² Cfr. o art. 2.º, n.º 2, al. a), do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho. Também no seu art. 3.º, n.º 3, al. f), relativo às cláusulas do contrato de gestação de substituição, o mesmo diploma vem prever a necessidade de “prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências de saúde ocorridas na gestação (...)”.

*soluções legislativas adotadas, garantindo-se que a mesma não cria constrangimentos adicionais que não constem de lei expressa, sob pena de violação da reserva de lei*²³.

Por sua vez, o *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, entidade a quem a lei atribuiu competência para supervisionar os procedimentos de gestação de substituição e a quem caberia dar autorização prévia à celebração dos respectivos contratos, veio tomar posição sobre a “Interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestação de substituição”, na sua Deliberação n.º 20-II/2017, de 20 de Outubro. Assim, considerando que havia que “compatibilizar o conteúdo textual e ontológico desses dois normativos” (arts. 6.º e 8.º, n.º 3, da LPMA) e resolver o respectivo “dilema hermenêutico”, entendeu o *Conselho* que “o específico teor literal da expressão ‘com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários’ contida nesse n.º 3 do art. 8.º indicia de forma suficiente a exigência de um *casal beneficiário*, termo que veio a ser consagrado de forma mais clara no texto de vários dos artigos que compõem o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho”. Salvo melhor opinião, o “teor literal” da expressão “com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários”, apenas permite afirmar que o legislador utilizou a fórmula mais concisa e mais precisa para estabelecer o requisito em causa – que haja uma relação genética com quem beneficia da gestação e, sendo dois os beneficiários, apenas um tenha de contribuir com gâmetas –, em detrimento de uma alternativa desnecessariamente descritiva como “com recurso aos gâmetas da beneficiária, ou de uma das beneficiárias ou de um dos beneficiários, consoante a beneficiária seja uma única mulher, ou os beneficiários sejam um casal de mulheres ou um casal de uma mulher e um homem”. Não vemos que o “específico teor literal” do n.º 3 do art. 8.º seja suficiente para afirmar muito mais²⁴.

Em qualquer dos casos, não discutimos a bondade das soluções que se procuram alcançar, *sem lei e contra a lei*, através destas iniciativas. Afirmamos, apenas, a clara deturpação e limitação do sentido da lei, em violação da tal “reserva de lei” que o Decreto Regulamentar de 2017 tão diligentemente procurou lembrar. Note-se, por outro lado, que o Tribunal Constitucional, no acórdão em análise, sem tratar da questão, teve o cuidado de precisar que “a utilização do plural no

²³ Acrescenta-se ainda que “atendendo à necessidade de assegurar a unidade e coerência legislativa, foram envolvidos na regulamentação da referida Lei os mesmos especialistas que estiveram na base da regulamentação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, através do Despacho n.º 11613/2016, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 188, de 29 de setembro”.

²⁴ Assim, também, VERA LÚCIA RAPOSO, «Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)», *cit.*, p. 12.

presente acórdão – ‘beneficiários’ – não deve ser entendida como uma tomada de posição do Tribunal relativamente à questão de saber se *todos* os ‘beneficiários’ referidos no artigo 6.º, n.º 1, da LPMA são *igualmente* ‘beneficiários’ para efeitos do disposto no artigo 8.º e preceitos com ele conexonados”²⁵. Acrescenta ainda, a propósito da defesa do superior interesse da criança e da possibilidade de criação de famílias monoparentais, que a questão da monoparentalidade pode colocar-se no âmbito da gestação de substituição, embora não seja um problema específico desta: “a questão coloca-se hoje necessariamente em consequência da referida alteração do artigo 6.º, n.º 1, da LPMA”²⁶. Porém, o Tribunal não se pronuncia sobre a constitucionalidade deste preceito, em obediência ao princípio do pedido, uma vez que esta não foi questionada no âmbito do processo em causa.

3. Informação pré-contratual e requisitos para a celebração do contrato

Nos termos do n.º 10 do art. 8.º da LPMA, a celebração de um contrato de gestação de substituição deverá ser *supervisionada* pelo *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, entidade que também *supervisiona todo o processo*²⁷ e que deverá, previamente, *autorizar* a celebração do mesmo contrato²⁸. A Ordem dos Médicos, por outro lado, deverá sempre, em cada caso, ser ouvida²⁹.

Por remissão expressa do n.º 8 do art. 8.º, é aplicável ao contrato de gestação de substituição o disposto no art. 14.º da LPMA: nos termos deste normativo, os beneficiários devem receber, antecipadamente, informação escrita “*de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas*”³⁰, informação essa que deverá constar de um documento aprovado pelo mesmo *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* que supervisiona a celebração do contrato. Dever-se-á aqui entender que

²⁵ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.1., n.º 8, p. 12.

²⁶ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.5., n.º 36, p. 32. Relativamente às famílias monoparentais, MÓNICA NAVARRO MICHEL, «La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿como?», *cit.*, p. 248, considera que, se a legislação de um Estado permite que as pessoas só possam adoptar, seria discriminatório que não pudessem constituir uma família através de gestação de substituição.

²⁷ Cfr. o n.º 4 do mesmo art. 8.º da LPMA.

²⁸ *Idem, ibidem.*

²⁹ Cfr. o n.º 4 do art. 8.º.

³⁰ Cfr. o n.º 2 do art. 14.º.

estas informações têm de ser prestadas a ambas as partes no contrato de gestação, esclarecendo o n.º 5 do mesmo art. 14.º que o disposto anteriormente “*é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º*”.

A lei impõe, por outro lado, a necessidade de prestação de informação escrita – agora, especificando, à gestante e aos beneficiários – sobre o “*significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal*”³¹. E ainda, como resulta da remissão do art. 8.º, n.º 9, para o art. 12.º, als. c) e e), informação “*sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos*” e sobre as “*condições em que lhes seria possível recorrer à adoção e da relevância social deste instituto*”, repetindo, de forma parcial, o disposto no art. 14.º já referido³².

Do contrato teriam de constar também as “*disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez*”³³. Não se vê, contudo, como poderia o legislador pretender mais do que obrigar a transcrever no contrato o prescrito na lei, nomeadamente no Código Penal, sobre a matéria e regular a questão das despesas inerentes. A não ser assim, o contrato estaria a violar a regra consagrada pelo legislador logo no número seguinte, no n.º 11 do mesmo normativo, impondo “*restrições de comportamentos à gestante de substituição*”, bem como “*normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade*”. Ter-se-iam também de considerar inválidas as cláusulas do contrato de gestação que impusessem restrições a condutas da gestante no que toca ao seu estilo de vida, alimentação, medicação, hábitos desportivos, actividade sexual. O princípio da boa-fé no cumprimento dos contratos não parece aqui justificar um comportamento abstencionista que se traduza numa limitação ao direito (também de personalidade) à liberdade positiva e negativa da gestante.

³¹ Cfr. o n.º 6 do art. 14.º da LPMA.

³² Compreende-se a preocupação do legislador em consciencializar as partes no contrato de gestação de substituição relativamente ao significado e efeitos do negócio a celebrar e em assegurar que as partes estão preparadas para os enfrentar – como se percebe pela imposição de uma avaliação psicológica prévia em determinados casos –, embora se possa questionar a bondade da solução de adoptar formulários impressos para o efeito. Facilmente os intervenientes iriam “*aderir*” às informações recebidas, declarando terem “*lido e percebido*” o seu significado, consentindo no procedimento respectivo, não resultando daí um maior esclarecimento. Outra dúvida que se poderá colocar prende-se com os *conteúdos* que integram os referidos formulários, nomeadamente quais as “*implicações éticas e sociais*” do contrato que irão ser realçadas aos contraentes ou qual o “*significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal*” que lhes será explicado. Existindo certamente estudos científicos sobre os temas a informar, não parece ser demasiado fácil o tratamento desta informação de forma concisa, clara, acessível e não redutora, em suma, de modo a dar um sentido útil aos normativos indicados.

³³ Art. 8.º, n.º 10, da LPMA.

Mas, sobretudo, o que o Tribunal Constitucional entendeu foi que o contrato-tipo de gestação não poderá fixar limites às restrições admissíveis aos comportamentos da gestante, o que constitui matéria de restrições de direitos fundamentais. As matérias elencadas no n.º 3 do art. 3.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, e que constam do contrato-tipo de gestação fixado pelo *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* – como a escolha do obstetra que segue a gravidez, tipo de parto e local onde o mesmo terá lugar (al. b)), a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação (al. d)), o número de tentativas de gravidez (al. i) –, situam-se no âmbito da reserva de lei parlamentar, não se compadecendo com a indeterminação a que a lei as vota, relegando o seu tratamento para “actos infralegislativos”.

“Tratando-se de disciplina de sentido restritivo quanto ao exercício de direitos, liberdades e garantias, tanto por parte da gestante, como dos beneficiários (...), aquela indeterminação não é compatível com a exigência de precisão ou determinabilidade das leis, decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição”³⁴.

Assim, entendeu o Tribunal Constitucional que os n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8.º da LPMA são inconstitucionais, “por violação do princípio da determinabilidade da lei, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, alínea b), ambos da Constituição, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família da gestante e dos beneficiários consagrados nos artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, do mesmo normativo”³⁵. Esclareceu ainda o Tribunal que esta declaração de inconstitucionalidade “prejudica necessariamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa até que o legislador parlamentar venha estabelecer para os mesmos um regime constitucionalmente adequado”, estendendo o juízo de inconstitucionalidade “às normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da LPMA, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia”³⁶.

³⁴ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.3., n.º 53, p. 45.

³⁵ *Idem, ibidem.*

³⁶ *Idem, ibidem.*

4. O consentimento dos intervenientes

O direito à informação pré-contratual, que a lei consagra, procura assegurar o cabal esclarecimento dos intervenientes, de modo a salvaguardar a liberdade do processo de formação da vontade negocial e, conseqüentemente, do seu consentimento³⁷.

A submissão a tratamentos médicos em geral e, no caso concreto, a aplicação de métodos de procriação medicamente assistida, contende com bens da personalidade juridicamente protegidos. Desde logo está em causa o direito à integridade físico-psíquica não só dos beneficiários dos tratamentos respectivos, mas também dos demais envolvidos no procedimento. Concretamente, no caso do contrato de gestação, são convocados os direitos à integridade físico-psicológica da gestante, dos beneficiários – na medida em que o material genético utilizado seja deles – e, eventualmente, de um dador de material genético³⁸. Através do contrato de gestação, as partes prestam o seu consentimento para uma intervenção no seu corpo, autolimitando o direito à incolumidade do corpo e autolimitando a sua liberdade, pelo exercício da própria autonomia privada.

No contexto dos direitos de personalidade, prevê o art. 81.º, n.º 1, do Código Civil, que *“toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”*. A ordem pública surge, desta forma, como uma linha de fronteira que demarca o espaço dentro do qual a pessoa pode autolimitar os seus direitos de personalidade, independentemente de o consentimento em causa ser prestado num contexto negocial (*maxime* contratual) – consentimento *vinculante* – ou reflectir um compromisso jurídico *sui generis* pelo qual se confere a outrem um poder *fáctico* de agressão, mas ainda não um direito subjectivo com esse conteúdo – consentimento *autorizante*³⁹.

³⁷ De acordo com o n.º 1 do art. 14.º, para o qual remete expressamente, como assinalámos, o art. 8.º, n.º 8, os intervenientes “devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, mediante o médico responsável”.

³⁸ Nos termos do n.º 3 do art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante”. Assim, não poderemos ter, nestes casos, dois dadores de material genético *terceiros* em relação ao contrato de gestação. Por outro lado, uma mulher só poderá apenas recorrer ao procedimento na medida em que forneça o seu próprio material genético e um casal de mulheres necessariamente terá de recorrer a um dador terceiro.

³⁹ Remetemos neste ponto para a qualificação tripartida do consentimento do ofendido levada a cabo por ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil*, coordenação de FRANCISCO LIBERAL FER-

Na hipótese sobre a qual nos debruçamos, o consentimento que se exige aos intervenientes, *maxime* à gestante, corresponde à declaração de vontade que integra o contrato de gestação de substituição, através do qual se limita o direito à integridade física e o direito à liberdade, atribuindo aos beneficiários um direito subjectivo de exigir o comportamento correspondente. O consentimento que se exige à gestante é um consentimento vinculante e o consentimento prestado por um eventual terceiro, dador de material genético, bem como pelo beneficiário cujo material genético é utilizado, é um consentimento autorizante, utilizando a terminologia de ORLANDO DE CARVALHO⁴⁰.

O Tribunal Constitucional teve, porém, alguma dificuldade na “articulação jurídico-formal” do consentimento “enquanto *negócio jurídico unilateral*” com o contrato, “um *negócio jurídico bilateral*”. Nomeadamente, atribuiu relevância à enumeração – e aparente distinção – que é feita no art. 8.º, n.º 8, da LPMA, entre o “*consentimento das partes*”, os “*negócios jurídicos de gestação de substituição*” e os “*direitos e deveres das partes*”, mandando-lhes aplicar o disposto no art. 14.º do mesmo diploma⁴¹. Salvo melhor opinião, não resulta desta redacção que o consentimento das partes seja algo externo ou anterior ao negócio jurídico de gestação, regulado de forma separada, sob pena de termos de fazer idêntico raciocínio relativamente ao terceiro elemento enunciado, os direitos e deveres das partes, quando não haverá dúvidas de que estes direitos e deveres decorrem do contrato de gestação, compõem o seu núcleo essencial. Também o consentimento das partes integra o contrato de gestação, assumindo a natureza de uma declaração negocial. As partes vinculam-se com a celebração do contrato e não antes. O consentimento para a implantação de um embrião, para suportar uma gravidez e dar à luz uma criança que será entregue aos beneficiários, bem como o consentimento para a transferência para a gestante de um embrião constituído com material genético de um dos beneficiários constituem declarações negociais que integram o contrato e das quais decorrem as respectivas obrigações. Do mesmo modo, na medida em que exista um segundo beneficiário que não contribui com o seu material genético para o procedimento, também este assumirá as obrigações correspondentes ao projecto parental encetado no mo-

NANDES/MARIA RAQUEL GUIMARÃES/MARIA REGINA REDINHA, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 205, e que distingue consentimento vinculante, consentimento autorizante e consentimento tolerante.

⁴⁰ Esta foi também a posição assumida pelo Tribunal Constitucional: Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.1., n.º 8, p. 13. O Tribunal parece distinguir ainda, por outro lado, um consentimento vinculante do beneficiário que consente na transferência para a gestante de um embrião constituído com recurso ao seu material genético (*idem, ibidem*), precisão com a qual concordamos.

⁴¹ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 40, p. 35.

mento da celebração do contrato. O Tribunal Constitucional acabou por considerar, e muito bem, que a “autovinculação direcionada inerente ao consentimento prestado no âmbito da gestação de substituição explica a dificuldade em separá-lo de um acordo entre as partes. E, na verdade, faz todo o sentido acomodar as exigências relativas ao consentimento no próprio contrato”⁴².

Quanto à revogabilidade do consentimento, o n.º 2 do art. 81.º do Código Civil, prevê que “*a limitação voluntária [dos direitos de personalidade], quando legal, é sempre revogável*”. Diferentemente, o n.º 4 do art. 14.º da LPMA – aplicável à gestação de substituição por força do n.º 8 do art. 8.º e do n.º 5 do mesmo art. 14.º – diz-nos que o consentimento “*é livremente revogável por qualquer das partes até ao início dos processos terapêuticos de PMA*”. Assim, não haveria dúvidas de que os intervenientes poderiam revogar o consentimento prestado até ao início do procedimento médico, ainda que esta revogação configure um incumprimento contratual, que gerará a correspondente pretensão indemnizatória da contraparte, sempre que sejam causados danos. No entanto, o que o Tribunal Constitucional contestou foi “se tal garantia, do ponto de vista da salvaguarda da dignidade da gestante, [seria] suficiente”⁴³.

Iniciado o processo terapêutico, questiona-se se a gestante deverá manter a possibilidade de revogar a vontade expressa de suportar a gestação ou se, pelo seu lado, poderão os beneficiários “mudar de opinião” relativamente à sua vontade inicial de serem pais. Desde logo, como já observámos, o próprio texto legal exige a inclusão no contrato das “*disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez*”⁴⁴. No entanto, este preceito não assegura à gestante a possibilidade de realizar uma interrupção voluntária da gravidez, nas situações em que a lei o permite, e sem quaisquer consequências indemnizatórias⁴⁵.

A lei, ao especificar a necessidade de as partes no contrato regularem este ponto, parece indiciar que também os comitentes teriam a sua intervenção no processo de decisão de interrupção da gravidez. E o *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, no contrato-tipo de gestação que disponibiliza no seu *site*⁴⁶, incluiu uma cláusula onde se prevê que a decisão de interrupção da gravidez, em caso de

⁴² Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 40, *in fine*, p. 35.

⁴³ *Idem*, n.º 42, *in fine*, p. 36.

⁴⁴ Cfr. o n.º 10 do art. 8.º da LPMA.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 45, p. 38.

⁴⁶ CNPMA, *Contrato de gestação de substituição*, in http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf.

ocorrência de malformações, cabe “em conjunto ao casal beneficiário e à gestante”⁴⁷. Estaríamos, neste caso, perto do modelo da “sub-rogação comercial”, no qual o contrato distribui os direitos e obrigações das partes e o Estado garante a tutela das respectivas posições jurídicas activas⁴⁸. Porém, no nosso sistema, não obstante a opção pela contratualização da gestação de substituição, haverá que ter em conta os limites impostos à autonomia das partes, nomeadamente pela lei e pelas regras que conformam a ordem pública nacional⁴⁹.

Se a decisão de proceder a uma interrupção voluntária da gravidez nos casos admitidos pela lei penal, nomeadamente em caso de doença grave incurável do nascituro ou malformação congénita, até às 24 semanas de gravidez ou, de forma livre, por opção da mulher, até às 10 semanas de gravidez⁵⁰, cabe – ou coube, até agora – à mulher *grávida* (do seu filho), no caso da maternidade de substituição, já se poderá questionar se também será assim. Isto porque, nesta hipótese, *o filho não é seu*⁵¹. A eventual coercibilidade de um acordo alcançado neste domínio reconduz-nos para a questão de saber se as possibilidades de interrupção voluntária da gravidez admitidas na lei assentam numa relação genética existente entre a grávida e o feto ou antes no direito da grávida à integridade físico-psíquica e à liberdade⁵².

⁴⁷ Cláusula 9.^a, Contrato de gestação de substituição.

⁴⁸ RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, «Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality», *cit.*, pp. 530-533, bem como, das mesmas autoras, «Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model», *Bioethics*, 27, n.º 7, 2013, pp. 377-379.

⁴⁹ Desde logo, e ao contrário do que acontece na sub-rogação comercial, admitida nomeadamente em alguns Estados dos Estados Unidos da América, o contrato em causa é, entre nós, necessariamente gratuito e a sua celebração pressupõe o espírito altruístico da gestante. Não se trata de “comprar” ou, pelo menos, “pagar” uma gestação, obtendo o correspectivo resultado dessa prestação. Ainda assim, é alcançado um acordo para o cumprimento do qual o direito é convocado.

⁵⁰ Cfr. as als. c) e e) do n.º 1 do art. 142.º do Código Penal Português.

⁵¹ Este ponto é salientado por RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, «Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality», *cit.*, pp. 529-530. O filho não é seu ou *não será seu*, precisamos nós, consoante se entenda que o momento em que se estabelece a filiação se reporta ao início do procedimento ou ao nascimento. Esta é uma outra questão que a lei não resolve: a de saber qual o momento determinante para o estabelecimento da filiação, concretamente o momento do nascimento completo e com vida, correspondente ao do reconhecimento da personalidade jurídica da criança nascida, ou em momento anterior, eventualmente o do início da gestação, ou posteriormente, com a entrega da criança. De uma forma prosaica, pretende-se saber *de quem é o filho* que está a ser gerado. O problema não é meramente teórico e pode ter significativa relevância patrimonial. Na medida em que o nascituro pode adquirir por doação, sendo filho de pessoa *determinada*, e tem capacidade sucessória nos diferentes tipos de sucessão, nomeadamente é herdeiro legítimo, ter-se-ia de se entender que o nascituro já é, para estes efeitos, o *filho* que os beneficiários do contrato de gestação (válido) esperam.

⁵² Sobre esta questão, v. RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, «Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality», *cit.*, p. 532.

Claramente se deverá entender que o que está em causa é a integridade físico-psíquica da grávida e o seu controlo sobre o seu corpo. De outro modo, ter-se-ia de negar a possibilidade de aborto àquela mulher a quem foi implantado um embrião criado com material genético de terceiros contra a sua vontade. Por outro lado, a valorização da relação genética com o feto levaria à intervenção do pai na decisão de interrupção da gravidez, o que não acontece no nosso sistema.

Na medida em que o bem jurídico valorizado pela lei penal é o da integridade e liberdade físico-psíquica da grávida – e esta é a única justificação para a despenalização do aborto *ad nutum* nas primeiras 10 semanas –, o contrato de gestação não pode dispor de forma diferente nem sequer pode admitir uma renúncia antecipada à possibilidade de interrupção da gravidez⁵³. O Tribunal Constitucional começou precisamente por salientar este aspecto, da necessária *actualidade* do consentimento da gestante, em cada momento, e que pretere a estipulação de quaisquer limites à possibilidade de revogação do consentimento prestado em momento e circunstâncias anteriores: “Ou seja, tendo a gestante deixado de querer continuar no processo de gestação de substituição tal como delineado no correspondente contrato, deixa também de poder entender-se que a sua participação em tal processo corresponde ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade.

Deste modo, atentas as aludidas características físicas, biológicas, psíquicas e potencialmente afetivas da gravidez e do parto, a *revogabilidade do consentimento* inicialmente prestado é a *única garantia* de que o cumprimento das obrigações específicas de cada fase daquele processo continua a ser voluntário e, por isso, a corresponder ao exercício de tal direito. A pura e simples autovinculação *antes do início do processo* de gestação de substituição não permite acautelar suficientemente tal voluntariedade *ao longo de todo o processo*. Por outras palavras, a aludida revogabilidade corresponde a uma *garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante*, o qual constitui um alicerce fundamental do modelo português de gestação de substituição”⁵⁴.

Poderá também acontecer que, em face de um diagnóstico de malformação ou doença grave, os comitentes queiram interromper a gravidez e a gestante se recuse a fazê-lo⁵⁵. Desde logo, seria muito difícil definir no contrato todos os casos

⁵³ Assim, também, VERA LÚCIA RAPOSO, «Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)», *cit.*, pp. 20 e 32.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 43, p. 37, bem como n.º 46, p. 39.

⁵⁵ Veja-se o que se passou nos EUA com o caso Crystal Kelley, em que a gestante acabou por levar a gravidez até ao final e dar a criança para adopção de um terceiro: RUTH WALKER e LIEZL VAN ZYL, «Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality», *cit.*, pp. 531-532.

de malformações e doenças (e o seu grau de gravidade) em que o aborto deveria ser feito, no sentido de permitir aos beneficiários accionar as cláusulas contratuais e exigir o aborto. Por outro lado, temos o problema adicional de saber qual o destino a dar à criança se a gestante consegue fazer valer o seu propósito de levar a gravidez até ao final, tendo em conta que esta não será a sua mãe biológica e os comitentes já manifestaram a sua intenção de não querer criar uma criança com os problemas detectados, restando a hipótese da adopção⁵⁶. Uma sentença judicial que viesse reconhecer a obrigação de realizar um aborto ou viesse negar a possibilidade de a gestante abortar com fundamento no cumprimento de uma cláusula do contrato de gestação de substituição a que aquela se vinculou ultrapassaria os poderes de intervenção do Estado no domínio da autodeterminação da pessoa⁵⁷. A decisão de realizar ou não um aborto em determinadas circunstâncias não pode ser condicionada por via contratual⁵⁸. E, definitivamente, as limitações impostas à revogação do consentimento pela LPMA não asseguram a liberdade, que, em última instância, o Tribunal Constitucional entendeu constituir “a uma garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante”⁵⁹, conduzindo a uma “instrumentalização inadmissível da sua pessoa”⁶⁰. Concluiu o Tribunal Constitucional que “(...) a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir desproporcionalmente o respetivo direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à

⁵⁶ Assim, também, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 44, p. 38.

⁵⁷ Também, JOAN MAHONEY, «An Essay on Surrogacy and Feminist Thought», *cit.*, p. 83. Em sentido próximo, ALESSANDRA CORDIANO, «La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali», *cit.*, pp. 744-745.

⁵⁸ O contrato-tipo de gestação elaborado pelo *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assis-tida* vem prever, para além da decisão “em conjunto ao casal beneficiário e à gestante”, uma obrigação de indemnização que recairia sobre a gestante que não interrompeu a gravidez, a favor dos beneficiários, pelos “danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes do nascimento da criança que sofra de forma incurável de grave doença ou malformação congénita medicamente comprovada após nascimento, desde que esse diagnóstico fosse já conhecido durante a gestação” (CNPMA, *Contrato de gestação de substituição*, *cit.*, cláusula 10.º, n.º 2), na linha de um reconhecimento de uma *wrongful life* ou *wongful birth* [ou de um “direito à não vida”, para usar uma expressão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.01.2013 (Ana Paula Boularot), in <http://www.dgsi.pt> (14.07.2018), Sumário X]. Sobre o debate em volta da consideração da própria vida como um dano, v. o que dissemos em «A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística. Questões actuais», in *XX Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, II, Coimbra, Almedina, 2017, n.º 4.1., bem como as indicações doutrinárias e jurisprudenciais aí arroladas.

⁵⁹ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 45, *in fine*, p. 39.

⁶⁰ *Idem*, n.º 46.

luz do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição)”⁶¹.

Poderá ainda acontecer que uma das partes repense os termos do contrato e pretenda revogar a sua vontade de entregar a criança, ou de a receber, após o parto, consoante seja a parte “arrependida” a gestante ou os beneficiários. Neste caso, supondo que é a gestante que incumprir o contrato e recusa a entrega da criança, a filiação já se encontraria estabelecida a favor dos beneficiários, nos termos do art. 8.º, n.º 7, da LPMA, pelo que o problema passaria a ser resolvido pelos tribunais de família.

Contudo, na perspectiva do Tribunal Constitucional, um conflito entre o projecto parental dos beneficiários e o projecto parental da gestante não pode deixar de ter em conta o “superior interesse da criança”, no quadro de uma avaliação casuística, pelo que a solução legal de acordo com a qual a criança que nascer em consequência de um procedimento de gestação sub-rogada é *sempre* tida como filha dos beneficiários deve ser considerada inconstitucional, por se traduzir, uma vez mais, numa limitação à revogabilidade do consentimento da gestante⁶². A gestante deverá prestar o seu consentimento no momento da entrega voluntária da criança, ou seja, deverá cumprir voluntariamente o contrato de gestação⁶³.

Se os comitentes forem um casal que entretanto se divorciou ou se separou, deverão os tribunais de família estabelecer quem fica com a guarda da criança, não sendo tarefa fácil determinar em que sentido irá o interesse da criança, não se colocando a questão em moldes exactamente iguais àqueles que se verificam depois de um parto da mãe divorciada ou separada. Certo é que o contrato não poderá ser resolvido com base numa alteração anormal das circunstâncias⁶⁴, desde logo não se verificando os requisitos de excepcionalidade ou anormalidade necessários

⁶¹ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.1., n.º 46, *in fine*, p. 40.

⁶² *Idem*, n.º 47, p. 41.

⁶³ Maria Clara Sottomayor chama a atenção para a insegurança criada por esta solução que permite a revogação do consentimento até a entrega da criança, acto dependente unicamente da discricionariedade da gestante. Na sua “declaração de voto”, a Juíza defende que a posição assumida pelo Tribunal Constitucional implica a inconstitucionalidade também da última parte do n.º 1 do art. 8.º e, portanto, põe em causa o “modelo português” da gestação de substituição. Em alternativa, Maria Clara Sottomayor advoga a aplicação do prazo de seis semanas após o parto previsto para a adopção (art. 1982.º, n.º 3, do Código Civil), bem como o estabelecimento da maternidade a favor da gestante e o posterior reconhecimento judicial da parentalidade dos beneficiários, aproximando-se do “modelo inglês”.

⁶⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, «Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)», *cit.*, p. 20.

à relevância de uma deficiente ponderação do projecto encetado ou de um optimismo irrealista quanto a uma felicidade eterna⁶⁵.

5. A (in)validade do contrato de gestação de substituição

De acordo com o n.º 12 do art. 8.º, são nulos os negócios de gestação de substituição, “gratuitos ou onerosos”, que não respeitem o disposto no mesmo art. 8.º. Assim, serão nulos os contratos com este objecto que sejam onerosos; celebrados sem que se verifiquem as razões médicas excepcionais especificadas na lei; sem recurso a gâmetas de qualquer dos beneficiários ou com recurso a ovócito da gestante de substituição; quando existir uma relação de subordinação económica entre as partes; com preterição da forma escrita; sem a menção das disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez; com preterição dos requisitos de informação prévia dos intervenientes ou de autorização prévia, supervisão ou consulta das entidades referidas na lei; ou, ainda, que restrinjam os comportamentos da gestante ou imponham normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade⁶⁶.

Sendo o contrato nulo, não se produzem quaisquer efeitos jurídicos, ainda que se possam verificar, e neste caso com especial relevância, efeitos *de facto*. As prestações já realizadas deverão, por sua vez, ser devolvidas, o que levanta espe-

⁶⁵ Colocamos a hipótese em termos abstractos, embora a excessiva onerosidade no cumprimento do contrato exigida pelo art. 437.º do Código Civil não tenha de ser meramente patrimonial e o instituto da alteração das circunstâncias não seja privativo dos contratos com natureza patrimonial. Ainda assim, a relevância absolutamente excepcional que a lei confere a um *error in futurum* parece ser incompatível com o resultado de facto a que se chegaria com a destruição, neste caso, dos efeitos do contrato, concretamente a incerteza quanto ao destino da criança resultante do procedimento de gestação de substituição. Sobre o instituto da alteração das circunstâncias v., por todos, MARIANA FONTES DA COSTA, *Da alteração superveniente das circunstâncias – em especial à luz da dogmática dos contratos bilateralmente comerciais*, Coimbra, Almedina, 2017.

⁶⁶ Acresce que este negócio está vedado aos menores, interditos e inabilitados por anomalia psíquica (cfr. o n.º 2 do art. 6.º da LPMA), não podendo a incapacidade ser suprida pelos institutos da representação ou assistência, uma vez que estamos em face de actos de natureza pessoal. Verdadeiramente não se verifica aqui uma incapacidade *de agir*, mas uma incapacidade de gozo de direitos, uma *proibição absoluta* dirigida a certas pessoas de realizarem os negócios de gestação de substituição sob pena de *nullidade* – e não anulabilidade – destes negócios. A intervenção dos pais enquanto representantes da menor, no contrato de gestação, não permite ultrapassar a falta de um requisito de validade *insuprível*, que é a capacidade jurídica. Assim, a menor, ou a interdita ou inabilitada por anomalia psíquica que consente em suportar uma gravidez por conta de outrem, celebra também um contrato nulo.

ciais problemas neste contexto, na medida em que a gestante entregou *uma criança* em cumprimento do contrato nulo, sendo ressarcida das despesas inerentes à gestação e parto⁶⁷.

A ineficácia jurídica do negócio decorrente da sua nulidade deixa em aberto a questão da filiação da criança que nasce, nomeadamente, em consequência de um acordo informal, de um procedimento médico clandestino ou, simplesmente – hipótese eventualmente mais frequente –, de um contrato remunerado, havendo simulação relativa objectiva quanto à natureza gratuita do negócio⁶⁸.

A resposta à questão de saber de quem seria o filho em caso de celebração de um negócio nulo de gestação de substituição era dada na versão original do art. 8.º da LPMA, onde se afirmava que a *“mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”*⁶⁹. Esta solução surgia num contexto legal em que os contratos de gestação eram necessariamente nulos. Depois de cominar com a nulidade a *“maternidade de substituição”*, o legislador esclarecia que à produção de efeitos de facto do contrato nulo não era associado qualquer efeito jurídico em termos de filiação.

Com a alteração da perspectiva legal em matéria de maternidade de substituição, o legislador veio afirmar que *“a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários”*⁷⁰. Porém, parece claro que esta atribuição de consequências jurídicas em matéria de filiação ao contrato de gestação não significa que se tenha consagrado com a última alteração legislativa o princípio inverso daquele que vigorava anteriormente ou, sequer, que a solução preteritamente afirmada tenha deixado de valer no contexto do novo espírito da lei.

O normativo transcrito que atribui a filiação aos comitentes pressupõe a celebração de um contrato de gestação de substituição *válido*, produtor de efeitos ju-

⁶⁷ Põe em evidência a inadequação do regime da nulidade neste campo, precisamente pelas suas consequências radicais, ALESSANDRA CORDIANO, «La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali», *cit.*, p. 744. Na medida em que a nulidade pode ser invocada a todo o tempo, a “devolução” inerente poderá ser exigida passado um período considerável desde a “entrega” inicial, o que neste caso não deixará de ser problemático. Também uma eventual anulação do contrato com fundamento em coacção moral, erro vício ou estado de necessidade destruiria retroactivamente os efeitos jurídicos já produzidos: no caso, o estabelecimento da filiação a favor dos beneficiários.

⁶⁸ Neste último caso, de acordo com o art. 240.º, n.º 2, do Código Civil, o negócio gratuito simulado é nulo e o negócio (oneroso) dissimulado ou oculto é também nulo por aplicação das regras da LPMA e nos termos do n.º 1 do art. 241.º do Código Civil.

⁶⁹ Cfr. o n.º 3 do art. 8.º da LPMA na sua versão primitiva, que vigorou até 1 de Setembro de 2016.

⁷⁰ Cfr. o actual n.º 7 do art. 8.º.

rídicos⁷¹. A atribuição de eficácia jurídica a um contrato que dela carece teria de decorrer de forma clara da lei, o que nesta hipótese não se verifica. A nulidade do contrato não pode deixar de ter como consequência, também hoje, a maternidade da gestante, solução que também se afigura clara para o Tribunal Constitucional, no acórdão em análise⁷².

Esta nulidade pode ser provocada pela preterição de requisitos considerados “menores” para a validade do contrato – ainda que esta *hierarquização* dos requisitos seja mais do que discutível, tendo em conta, por exemplo, os interesses que se visam acautelar com as informações a prestar, a forma das declarações, etc.⁷³ –, mas pode também decorrer do facto de a gestante ser a mãe biológica da criança ou ter recebido um preço como contrapartida do serviço prestado. Em qualquer dos casos, entendeu o Tribunal Constitucional que, ao prever esta “solução indiferenciada”, o legislador violou o dever do Estado de protecção da infância, constitucionalmente consagrado no art. 69.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa: “Na verdade, a possibilidade de a todo o tempo questionar com fundamento na simples inobservância (por oposição a uma inobservância qualificada) de um qualquer pressuposto (e não apenas de pressupostos fundamentais como, por exemplo, o de não ser a gestante dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante) a validade do contrato de gestação permite que se crie um grau de incerteza e indefinição quanto à filiação já estabelecida, o que não se compadece com a segurança jurídica exigível em matéria de estatuto das pessoas”⁷⁴.

⁷¹ Embora o elemento sistemático não seja decisivo para a interpretação da lei, não podemos deixar de assinalar que esta regra da filiação surge no n.º 7 do art. 8.º, entre as várias condições e requisitos de validade do contrato de gestação e não a rematar o preceito, depois de definida a consequência da nulidade em caso de preterição dos elementos elencados. Na versão original da lei, reafirma-se, a regra da maternidade da gestante era consequência da nulidade do contrato. Agora, a regra contrária não pode ser desligada da radical mudança de posição do legislador sobre a validade do contrato.

⁷² Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.2., n.º 48, p. 41. No mesmo sentido v. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição», *cit.*, pp. 13-14. Defendendo uma solução distinta, v. RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade?...», *cit.*, pp. 165-166.

⁷³ Uma certa hierarquização dos requisitos impostos à celebração de um contrato de gestação de substituição válido parece, ainda assim, decorrer da própria lei, concretamente do seu art. 39.º, que atribui relevância penal apenas à preterição do disposto nos n.ºs 2 a 6 do art. 8.º. Compreende-se, deste modo, a inserção sistemática da regra do n.º 7 que analisamos, que surge depois de elencados os requisitos “maiores” da validade do contrato. Não obstante, a consequência da nulidade afirmada no n.º 12 não distingue.

⁷⁴ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, II, B), B.6.2., n.º 50, p. 42.

6. Síntese conclusiva

Da exposição encetada resulta que são ainda muitas as questões colocadas pela gestação subrogada a que o direito não respondeu de forma satisfatória. O debate está longe de se considerar encerrado e eventuais problemas que a gestação de substituição irá colocar no futuro não serão sequer perspectivados hoje pelo legislador, nesta fase de certo modo “experimental” do procedimento, pelo menos ao nível de soluções jurídicas, ainda que não em termos de medicina reprodutiva. Ainda assim, o interesse suscitado pelo tema a uma escala global está longe de ser proporcional à frequência com que as pessoas recorrem a estes métodos, não tendo a gestação de substituição expressão significativa na realidade dominante da procriação⁷⁵, embora se adivinhe um crescente número de casos com a progressiva regulamentação do procedimento. Justifica-se este aceso debate, sobretudo, em virtude das convicções pessoais, ideológicas, religiosas, associadas à família, à paternidade, à gestação, bem como com base num maior ou menor deslumbramento relativamente às potencialidades das técnicas de procriação medicamente assistida, factores exacerbados pela cobertura mediática de alguns casos apreciados por diferentes instâncias judiciais.

A admissão ou não do procedimento de gestação de substituição e mesmo a opção de legislar ou não sobre o tema é, desde logo, uma opção política⁷⁶ que deverá ponderar os variadíssimos interesses, eventualmente conflitantes, e bens jurídicos em jogo. A solução ensaiada pelo legislador português em 2016 não resistiu ao “teste de esforço” da constitucionalidade.

Se, por um lado, se entendeu que a celebração de um contrato gratuito de gestação não põe, “só por si”, em causa a dignidade da gestante e da criança que venha a nascer por esse método nem viola o dever do Estado de protecção da infância, por outro lado, também se considerou que a regulamentação prevista para este contrato ofende o princípio da determinabilidade das leis e da reserva de lei. A “excessiva indeterminação” da lei relega para uma entidade administrativa e para a autonomia das partes matérias que implicam restrições de direitos fundamentais, nomeadamente à liberdade e dignidade da gestante, não sendo definidos

⁷⁵ Chama a atenção para este facto, NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ, «La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva», *cit.*, pp. 221-222. Não tivemos acesso a estatísticas relativas à gestação de substituição em Portugal.

⁷⁶ Assim lembra MÓNICA NAVARRO MICHEL, «La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿como?», *cit.*, p. 241.

parâmetros de actuação previsíveis – desde logo no que toca à interrupção voluntária da gravidez ou à existência de um “direito de arrependimento” – para aqueles que queiram recorrer a este método.

O Tribunal Constitucional não transigiu também com a necessidade de assegurar a revogação do consentimento da gestante até ao cumprimento da última obrigação decorrente do contrato – a entrega da criança nascida através de maternidade de substituição aos comitentes – como única forma de garantir o exercício por parte da gestante do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, fundamento último da admissibilidade do contrato de gestação.

Considerou, por outro lado, que a solução da nulidade do contrato, sempre que sejam preteridos os requisitos de forma e de substância para a sua celebração, põe em causa a segurança jurídica no que toca ao estatuto das pessoas, decorrente do princípio do Estado de direito democrático.

Por último, entendeu-se ainda que a regra do anonimato dos dadores e da gestante de substituição configura uma “restrição desnecessária aos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade” dos nascidos com recurso a técnicas de PMA.

A intervenção do Tribunal Constitucional transformou o contrato de gestação de substituição num “invólucro vazio”, numa cápsula desprovida de conteúdo, prejudicando a possibilidade de celebrar novos contratos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa, enquanto o legislador não aprovar um regime jurídico que assegure os valores constitucionais postos em causa. A presente inexistência de uma entidade com competência para autorizar os contratos e a indefinição legal dos critérios que devem nortear essa autorização levam à sua inadmissibilidade. Note-se, porém, que o Tribunal Constitucional ressaltou de forma expressa dos efeitos retroactivos da sua decisão os 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”⁷⁷, com base em imperativos de segurança jurídica. Relativamente aos demais contratos, esclareceu o Tribunal Constitucional que terão de ser considerados como não autorizados e, portanto, “celebrados ao abrigo de um regime que não admite contratos de gestação de substituição”⁷⁸.

⁷⁷ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, III, g), p. 60.

⁷⁸ *Idem*, II, E., n.º 83, p. 59.

A relevância de um estatuto jurídico para os cuidadores informais*

Miriam Rocha

*Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora Júnior do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

Resumo: Por iniciativa de um grupo de cidadãos, a questão da criação de um Estatuto do Cuidador Informal tem estado na agenda política desde 2016. Apesar das várias iniciativas legislativas apresentadas ao longo destes dois anos na Assembleia da República, esta continua a ser uma questão pouco debatida, tendo-se assistido a um contínuo adiamento da implementação de medidas concretas por parte do poder político. Com o presente artigo, pretende dar-se a conhecer as implicações sociais desta problemática, justificando a sua relevância jurídica, bem como dar conta do estado atual do processo legislativo tendente à criação de um Estatuto do Cuidador Informal em Portugal.

Palavras-chave: Cuidador informal; cuidados continuados integrados; estatuto do cuidador; Direito da Saúde.

1. Notas introdutórias

A primeira condição da sobrevivência do ser humano é ser cuidado, pois, a partir do momento do nascimento, está dependente de atos de terceiros tendentes à manutenção da sua vida e ao seu desenvolvimento. Pouco a pouco, a maioria das pessoas vai desenvolvendo competências de autocuidado, possibilitando-lhes assim, um dia, serem independentes, ou seja, terem capacidade para realizar por si próprias as tarefas necessárias à manutenção e promoção do seu bem-estar, como alimentar-se, vestir-se, tomar banho e realizar a sua higiene pessoal, fazer as suas próprias compras e fazer-se transportar.

No entanto, há quem nunca chegue a desenvolver completamente estas competências e há quem, em virtude de vicissitudes que podem assumir diferentes con-

* O presente texto foi elaborado tendo por mote a comunicação homónima por nós realizada na I Conferência Internacional de Direito e Bioética, subordinada ao tema *Novas Questões no Direito da Saúde*, realizada na Escola de Direito da Universidade do Minho, no dia 23 de novembro de 2018.

figurações¹, perca tais capacidades, passando, por isso, a ser uma pessoa dependente de outras para a realização dessas atividades. E, para quem tiver a fortuna de viver longos anos, existe também uma não despreciada probabilidade² de que o seu corpo, seja como consequência dos hábitos adotados ao longo da vida, seja pela sua degradação natural, a impeça de realizar sozinha todas aquelas tarefas de autocuidado que durante a maior parte da sua vida realizou de modo independente.

Em Portugal, o modelo organizativo que visa responder às necessidades das pessoas em situação de dependência é a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI), criada pelo Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho³, que pretende “promover a funcionalidade, prevenindo, reduzindo e adiando as incapacidades”, assumindo-se esta tarefa como essencial para atingir o objetivo de uma maior qualidade de vida e de uma sociedade mais justa e solidária. Além disso, a RNCCI pretende ser uma ponte entre as redes nacionais de saúde e de segurança social, visando dar respostas adequadas e integradas a estas situações de dependência, num contexto de proximidade⁴.

Os cuidados continuados de longa duração – ou simplesmente *Long Term Care* (LTC), numa designação internacional – são uma preocupação crescente das nossas sociedades, nomeadamente, da União Europeia, que enuncia o direito a cuidados de longa duração como um dos 20 princípios do Pilar Europeu dos Direitos Sociais⁵. Esta progressiva relevância está relacionada com várias mudanças sociais

¹ Recorde-se as 41.105 pessoas que, em 2016, ficaram feridas em acidentes de viação – cf. PORDATA – Base de Dados Portugal Contemporâneo [em linha], Fundação Francisco Manuel dos Santos [consult. 19.11.2018], disponível na Internet: <https://www.pordata.pt>. Se muitas delas recuperaram, outras ficaram numa situação de dependência para o resto da vida. Além dos acidentes, há doenças crónicas (como o cancro, a doença pulmonar obstrutiva crónica, o acidente vascular cerebral ou as artroses graves) que podem surgir em qualquer altura da vida e que são potenciais causas de dependência, de maior ou menor grau. Cf. ULRICH BECKER, «Long Term Care in Europe: An Introduction», in ULRICH BECKER e HANS-JOACHIM REINHARD (eds.), *Long-Term Care in Europe: A Juridical Approach*, Cham, Springer, 2018, p. 3.

² Em Portugal, a esperança de vida à nascença é de 83,4 anos para as mulheres e de 77,7 anos para os homens, mas a esperança de anos de vida saudável à nascença é de 58,3 anos para os homens e de 55,4 anos para as mulheres – cf. PORDATA – Base de Dados Portugal Contemporâneo, *cit.*

³ Sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 136/2015, de 28 de julho, e pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

⁴ Por esse motivo, as unidades e equipas da RNCCI abrangem, potencialmente, hospitais, centros de saúde, serviços distritais e locais da segurança social, a rede solidária, as autarquias locais, as unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental e as equipas comunitárias de suporte em cuidados paliativos – cf. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho.

⁵ O Pilar Europeu dos Direitos Sociais foi proclamado pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia durante a Cimeira Social sobre a equidade no emprego e no crescimento, realizada

e culturais experimentadas pelas nossas sociedades nas últimas décadas, entre as quais se destacam as mudanças demográficas, nomeadamente, a redução da taxa de fertilidade e o aumento da esperança de vida, com o conseqüente aumento do índice de envelhecimento⁶, o que faz prever um aumento na procura de cuidados de longa duração um pouco por toda a Europa.

Ora, hoje em dia, na União Europeia – e também, particularmente, em Portugal –, a grande maioria⁷ daqueles cuidados não é prestada por profissionais da área da saúde, num contexto profissional, mas sim por familiares (e, também, embora com menor expressão, por vizinhos ou amigos) da pessoa em situação de dependência, tendo por base uma relação pessoal, na maioria das vezes familiar. Estas pessoas, que prestam cuidados básicos⁸ a pessoas dependentes de forma não remunerada e, regra geral, sem formação profissional para o efeito, são os denominados “cuidadores informais”, que têm vindo nos últimos anos a sair da invisibilidade social para chegar, finalmente, à agenda política.

2. Cuidadores informais: da definição à descrição

De acordo com a definição do Instituto Nacional de Estatística (INE), os cuidadores informais são aqueles que prestam cuidados informais, entendendo-se por estes os “cuidados que consistem na ajuda ou assistência, geralmente não remunerada, prestada a pessoas em situação de dependência”⁹. No entanto, esta definição está longe de ser a única. A ambiguidade da expressão *cuidador informal* é,

em 17 de novembro de 2017, em Gotemburgo, na Suécia. Disponível na Internet: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_pt.pdf.

⁶ *Vd.* Ponto 3.1, *infra*.

⁷ *Vd.* VALENTINA ZIGANTE, *Informal Care in Europe: Exploring Formalisation, Availability and Quality* [em linha], Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018 [consult. 19.11.2018], disponível na Internet: *doi*: 10.2767/332, p. 7.

⁸ Entendemos por cuidados básicos aqueles que a pessoa poderia realizar por si própria, não fosse a sua situação de dependência. Esta conceção vai ao encontro do suprimento que o legislador determina em certos *loci* da lei (*e.g.*, art. 16.º, n.ºs 1 e 2, do Regime dos Acidentes em Serviços e das Doenças Profissionais, Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de novembro, na versão que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio) como “necessidades básicas”. Note-se também que a referência a cuidados básicos vai na linha de parte da definição atualmente existente na nossa legislação para os cuidadores informais (referidos na Lei de Bases dos Cuidados Paliativos como “prestadores informais” – *vd. infra* ponto 5).

⁹ INE, I. P., *Inquérito Nacional de Saúde 2014*, Lisboa-Portugal, Instituto Nacional de Estatística, I. P., 2016, p. 296.

aliás, uma limitação notada em vários estudos¹⁰, nomeadamente no que concerne à comparação entre países e à leitura de dados empíricos, uma vez que os estudos frequentemente utilizam diferentes critérios para qualificar os inquiridos/participantes como cuidadores informais. Também é destacado o facto de a própria qualificação como cuidador depender da autorreferenciação do próprio ou da resposta a questões cuja interpretação está sujeita, evidentemente, a enviesamentos de cariz cultural¹¹.

A expressão “cuidador informal” tem origem numa categorização que divide os cuidadores em dois grupos: os cuidadores formais e os cuidadores informais. Os cuidadores formais são aqueles que prestam cuidados de modo profissional e remunerado, tendo normalmente obtido competências certificadas profissional e/ou academicamente para o efeito. Já os cuidadores informais são, de um modo geral, todas aquelas pessoas que de forma não remunerada e, normalmente, sem formação profissional para o efeito, prestam cuidados a pessoas dependentes no contexto de uma relação pessoal. Em casos de maior dependência, o cuidador chega mesmo a substituir-se à pessoa dependente na realização dessas tarefas, como alimentar-se, vestir-se, fazer a higiene pessoal, mover-se, fazer-se transportar ou administrar a sua própria medicação.

Em suma, os cuidadores informais são atores fundamentais na prestação de cuidados continuados de longa duração.

2.1. Breve caracterização sócio-demográfica

De acordo com um estudo publicado em 2017¹² tendo por base os dados do inquérito social europeu de 2014, o cuidador europeu é familiar da pessoa dependente. Residualmente, será um amigo ou vizinho. Também é mais provável que seja mulher, sobretudo se estamos a falar de alguém que presta cuidados de forma intensiva¹³. A faixa etária com maior incidência de cuidadores informais é a dos 50-59

¹⁰ Vd. VALENTINA ZIGANTE, *Informal Care in Europe:..., cit.*, p. 10; ELLEN VERBAKEL, «How to understand informal caregiving patterns in Europe? The role of formal long-term care provisions and family care norms», *Scandinavian Journal of Public Health*, n.º 46, 2018, p. 446, disponível na Internet: DOI: 10.1177/1403494817726197.

¹¹ ELLEN VERBAKEL, «How to understand informal caregiving patterns in Europe?...», *cit.*, p. 446.

¹² De acordo com dados do INE, I. P., *Inquérito Nacional de Saúde 2014, cit.*, p. 296, 85,6% dos inquiridos qualificados como cuidadores informais prestavam esses cuidados, sobretudo, a familiares.

¹³ O Inquérito Nacional de Saúde 2014, embora não qualifique o tipo de cuidado, distingue entre os cuidados informais, que correspondem a menos de 10 horas semanais, e aqueles que corres-

anos¹⁴. Quanto à situação profissional, as pessoas que prestam cuidados com maior frequência são aquelas cuja atividade principal é o trabalho doméstico, bem como as que estão desempregadas e reformadas¹⁵, por comparação com as que trabalham, seja a tempo parcial, seja a tempo inteiro¹⁶. Por fim, a probabilidade de as pessoas que cuidam se identificarem como pessoas religiosas é 13% superior à da hipótese contrária¹⁷.

Em Portugal, de acordo com estimativas do Inquérito Nacional de Saúde 2014¹⁸, o cenário é semelhante, com 85,6% da população a prestar cuidados sobretudo a familiares e um rácio de feminilidade dos cuidadores informais de 1,6, acentuando-se quando referido a prestações superiores a 10 horas semanais. Quanto à condição perante o trabalho, no total da população que presta cuidados, a diferença entre os que, por um lado, estão empregados e aqueles que, por outro lado, se encontram numa situação de desemprego, reforma ou outra inatividade não é muito elevada, embora o número de cuidadores empregados seja superior à soma de todos os outros. Contudo, a situação muda quando consideramos apenas a prestação de cuidados superior a 10 horas por semana, caso em que o número de cuidadores empregados é substancialmente menor ao daqueles que se encontram na situação de desempregado, reformado ou outro inativo.

pondem a mais de 10 horas semanais – *vd.* INE, I. P., *Inquérito Nacional de Saúde 2014*, *cit.*, p. 297. Já ELLEN VERBAKEL *ET AL.*, «Informal care in Europe: findings from the European Social Survey (2014) special module on the social determinants of health» [em linha], *European Journal of Public Health*, Vol. 27, n.º suppl. 1, 2017, disponível na Internet: <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckw229>, p. 92, qualifica os cuidadores informais como intensivos, sempre que o número de horas de cuidados prestados ultrapasse as 11 horas semanais.

¹⁴ ELLEN VERBAKEL *ET AL.*, «Informal care in Europe:...», *cit.*, p. 92. Referimo-nos a este estudo, que abrange vários países europeus, incluindo Portugal, pois a variável da idade foi codificada com mais intervalos do que aquela que se apresenta no Inquérito Nacional de Saúde (2014), onde se apresentam apenas três grupos etários (15-24 anos, 25-64 anos, 65+ anos). Considerando que o grupo etário 25-64 anos corresponde a um período de vida ativa sujeito a diversas vicissitudes, parece-nos que seria útil aprofundar o estudo dos dados recolhidos.

¹⁵ ELLEN VERBAKEL *ET AL.*, «Informal care in Europe:...», *cit.*, p. 92.

¹⁶ Curiosamente, entre estas duas categorias não existem diferenças significativas – *vd.* ELLEN VERBAKEL *ET AL.*, «Informal care in Europe:...», *cit.*, p. 92. A autora chama a atenção para o facto de este dado infirmar a percepção generalizada de que o tempo disponível é um fator determinante para a assunção de cuidados informais, ao qual acresce ainda a verificação de que as pessoas com crianças em casa apresentam também uma maior probabilidade de serem cuidadoras informais.

¹⁷ ELLEN VERBAKEL *ET AL.*, «Informal care in Europe:...», *cit.*, p. 92.

¹⁸ *Cf.* INE, I. P., *Inquérito Nacional de Saúde 2014*, *cit.*, pp. 296-298.

2.2. Cuidados prestados

São múltiplas as situações concretas que se podem reconduzir à relação de cuidado informal, razão pela qual seria impossível elencar um *numerus clausus* de tarefas de cuidado informal. Contudo, parece que os cuidados nucleares prestados pelos cuidadores informais são aqueles que correspondem às atividades de vida diária, ou seja, atividades que a pessoa em situação de dependência faria por si mesma, caso tivesse capacidade para tal. Muitas destas tarefas são tarefas realizadas *na* própria pessoa cuidada, de que são paradigmáticos os cuidados de higiene.

Também acontece, por exemplo, a pessoa cuidada precisar de assistência para a gestão da sua vida corrente, em tarefas como a limpeza e a gestão doméstica. Quando o cuidador é um familiar que reside com a pessoa em situação de dependência, integrando ambos o mesmo agregado familiar, é possível que não encare estas tarefas como assistência. Afinal, sempre seria necessário manter a casa limpa, as contas em dia e a despensa abastecida. No entanto, é evidente que estes também são cuidados imprescindíveis para manter a pessoa no seu domicílio, quando esta, por exemplo, vive sozinha ou com outra(s) pessoa(s) também dependente(s) e não conseguiria prover a estas necessidades só por si.

Por fim, também há que destacar os cuidados de apoio (social, emocional e espiritual) que muitos cuidadores informais prestam e que são essenciais para a promoção do seu bem-estar. Os cuidadores informais são muitas vezes quem está em melhor posição para compreender as necessidades da pessoa em situação de dependência e, assim, para defender os seus direitos, nomeadamente, perante o sistema de saúde e de segurança social, servindo frequentemente de mediador entre estes serviços e a pessoa cuidada¹⁹.

O tipo de cuidados concretamente prestados, bem como o seu alcance, dependem da situação concreta da pessoa cuidada. No entanto, o trabalho mais intenso e fisicamente mais exigente recai normalmente sobre as mulheres e, entre estas, sobre aquelas que estão na faixa etária dos 45-59 anos. DALHBERG *ET AL.*²⁰ notam, precisamente, que os cuidadores pertencem frequentemente a grupos parti-

¹⁹ Cf. ANA RIBAS TEIXEIRA *ET AL.*, *Medidas de Intervenção Junto dos Cuidadores Informais: Documento Enquadrador, Perspetiva Nacional e Internacional* [em linha], 2017 [consult. 10.10.2018], disponível na Internet: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleEvento.aspx?BID=107844>, p. 9.

²⁰ LENA DAHLBERG, SEAN DEMACK e CLARE BAMBRA, «Age and gender of informal carers: a population-based study», *Health and Social Care in the Community* [em linha], Vol. 15, n.º 5, 2007 [consult. 15.09.2018], disponível na Internet: DOI: 10.1111/j.1365-2524.2007.00702.x, pp. 443-444.

cularmente vulneráveis, como mulheres de meia idade, que se encontram na chamada geração sanduíche²¹, ou seja, ao mesmo tempo que cuidam dos seus pais/sogros, também têm filhos dependentes a seu cargo, e homens já numa idade de grande fragilidade, que se veem na obrigação de cuidar das suas mulheres, carecendo frequentemente de preparação para o efeito, uma vez que muitos deles não foram educados para desenvolver competências de cuidado²².

2.3. O impacto do cuidado no cuidador

A assunção da responsabilidade de cuidar de uma pessoa dependente é uma decisão que tem implicações na vida do cuidador. O impacto que o cuidado tem na pessoa do cuidador pode ser de dois tipos: positivo e negativo.

Não há dúvidas de que o cuidado é, potencialmente, uma atividade extremamente recompensadora do ponto de vista pessoal. A atividade de cuidado é, geralmente, reconhecida pelos cuidadores como uma atividade significativa, à qual dão sentido e que, sendo cumprida com sucesso, embora implique um sacrifício pessoal, é assumida com orgulho e com sensação de realização²³.

Contudo, também pode ter efeitos extremamente negativos para o cuidador e, conseqüentemente, para a pessoa cuidada. São vastos os estudos sobre esta problemática, e nem sempre consensuais. De facto, é uma questão que carece de aprofundamento, a fim de melhor se compreender todas as variáveis que influenciam o estado de saúde geral do cuidador. Todavia, parece ser consensual que, quanto mais exigente e prolongado é o cuidado, maior é o risco para a saúde do cuidador²⁴.

Na verdade, os cuidadores estão expostos a um maior risco de sofrer problemas de saúde, quer físicos, quer psicológicos. Do ponto de vista físico, o trabalho do cuidador pode ser muito exigente. Noites interrompidas para mudar de posição

²¹ Sobre a geração sanduíche, *vd.*, entre outros, EMILY GRUNDY e JOHN C. HENRETTA, «Between elderly parents and adult children: a new look at the intergenerational care provided by the 'sandwich generation'», *Ageing & Society*, Vol. 26, n.º 5, 2006, pp. 707-722 [consult. 12.11.2018], disponível em: [doi:10.1017/S0144686X06004934](https://doi.org/10.1017/S0144686X06004934).

²² No estudo de LENA DAHLBERG, SEAN DEMACK e CLARE BAMBRA, «Age and gender of informal carers: a population-based study», *cit.*, pp. 443-444, nota-se ainda que os homens com maior carga de cuidado intensivo (mais de 50 horas por semana) são aqueles que se encontram na faixa etária superior a 70 anos.

²³ G. GRANT *ET AL.*, «Rewards and gratifications among family caregivers: towards a refined model of caring and coping», *Journal of Intellectual Disability Research*, Vol. 42, n.º 1, 2002, pp. 58-71, disponível em: <https://doi.org/10.1046/j.1365-2788.1998.00079.x>.

²⁴ ELLEN VERBAKEL, «How to understand informal caregiving patterns in Europe?...», *cit.*, p. 445.

uma pessoa acamada, um constante estado de vigilância devido à possibilidade de, subitamente, acontecer uma queda, uma dor, uma qualquer situação a requerer uma ação pronta, o auxílio à locomoção, suportando um peso que ninguém ensinou como melhor apoiar: estes são apenas alguns exemplos da vida extenuante experienciada por um cuidador intensivo.

Do ponto de vista psicológico, são muitos os sintomas que manifestam a depressão, ansiedade e níveis patológicos de stress que afetam os cuidadores informais. O cuidador intensivo, a maior parte das vezes familiar, co-residente, não tem pausas, nem folgas, nem fins-de-semana, nem férias. O cuidado recai, assim, sobre a mesma pessoa, 24 horas por dia, 365 dias por ano, em turnos contínuos. Sente-se preocupado quando tem de pedir a alguém para vigiar a pessoa de quem cuida, porque pode acontecer qualquer coisa. Faz tudo o que tem a fazer depressa. A pessoa de quem cuida é a sua companhia a maior parte do dia, quando não é dias a fio. E muitas vezes está incapaz sequer de manter uma conversa. O cuidador fica sozinho, isolado.

Muitas vezes, pelo facto de cuidar, o cuidador perde o seu rendimento, deixa de trabalhar ou evita empregar-se. Debate-se com problemas financeiros e olha com incerteza para o futuro: sem trabalhar, irá ficar dependente de outros e, quando chegar a sua velhice e precisar, ele próprio, de ser cuidado? Terá de confiar na boa vontade de terceiros, até para prover às suas necessidades básicas, como a alimentação, porque aqueles anos não contaram para a sua pensão de reforma. Está na categoria dos “desempregados” ou dos “outros inativos”. Se trabalha, faz uma gestão muito difícil da sua vida profissional, por vezes tem de faltar, em momentos cruciais, sobrecarregando os seus colegas de trabalho e sentindo-se culpado por isso. Geram-se mais sentimentos de culpa, de isolamento, de baixa autoestima.

Por fim, não podemos deixar de referir as situações dramáticas em que o próprio estado em que se encontra a pessoa que necessita de cuidado leva à adoção de comportamentos violentos para com o(s) seu(s) cuidador(es)²⁵ e que, evidentemente, acrescentam um fator com impacto muito negativo para a saúde do cuidador.

Estas descrições são meras fotografias instantâneas de uma realidade mais vasta, mais profunda e mais complexa, sobre a qual ainda muito falta conhecer.

²⁵ *Vd.*, a título de exemplo, o estudo de TRACY C. WHARTON e BRYAN K. FORD, «What Is Known About Dementia Care Recipient Violence and Aggression Against Caregivers?», *Journal of Gerontological Social Work*, Vol. 57, n.º 5, 2014, pp. 460-477, disponível em: <https://doi.org/10.1080/01634372.2014.882466>, sobre os comportamentos agressivos das pessoas com demência.

Contudo, não há dúvidas de que os desafios que se colocam ao cuidador informal são imensos e só podem ser adequadamente enfrentados pelo conjunto da comunidade.

3. Duas notas sobre a relevância jurídica e política de um estatuto para os cuidadores informais

Estima-se que 10% a 25% da população na Europa sejam cuidadores informais, o que significa que são entre 50 e cento e 125 milhões de pessoas a cuidar de outras²⁶. Em Portugal, de acordo com o já mencionado Inquérito Nacional de Saúde, em 2014, estimava-se a existência de cerca de 1.100.000 pessoas, com 15 ou mais anos de idade, que prestava cuidados informais a outras pessoas, com problemas de saúde ou relacionados com a velhice. Destes, cerca de 470 mil despendia mais de 10 horas semanais nesses cuidados, ou seja, prestavam cuidados informais de modo intensivo²⁷.

Há mais cuidados a serem prestados de modo informal do que formal, constituindo os cuidados informais, como já referido, a base dos cuidados continuados, em especial, dos de longa duração²⁸. Não é por acaso que esta questão tem vindo a assumir uma crescente relevância e se encontra na agenda pública e política. Parece-nos que esta ascensão à esfera política e jurídica radica em diversos fatores, que contribuem para a relevância jurídica do Estatuto do Cuidador Informal.

3.1. O envelhecimento da população e os desafios da longevidade

A questão dos cuidados informais torna-se cada vez mais premente, à medida que caminhamos no sentido de um progressivo envelhecimento da população²⁹. De acordo com os dados oficiais do INE, o índice de envelhecimento em

²⁶ Cf. ANA RIBAS TEIXEIRA ET AL., *Medidas de Intervenção Junto dos Cuidadores Informais...*, cit., p. 13, e VALENTINA ZIGANTE, *Informal Care in Europe...*, cit., p. 7.

²⁷ INE, I. P., *Inquérito Nacional de Saúde 2014*, cit., p. 297.

²⁸ ANA RIBAS TEIXEIRA ET AL., *Medidas de Intervenção Junto dos Cuidadores Informais...*, cit., p. 13, e VALENTINA ZIGANTE, *Informal Care in Europe...*, cit., p. 7.

²⁹ O reconhecimento do envelhecimento populacional como um fator crucial para o reconhecimento do cuidado informal está presente em vários estudos, v.g., BRIAN SLOAN, «Informal Care and Private Law: Governance or a Failure Thereof», *1 Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 275, 2015, disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2277575>.

Portugal, que era de 27,5% em 1961, subiu para 65,7% em 1990 e ultrapassou a centena na viragem do século XX para o século XXI (101,6%), sendo, em 2017, de 155,4%, com tendência para aumentar durante mais algumas décadas. Na União Europeia, em 2015, o índice de envelhecimento fixava-se nos 122,0%³⁰.

Evidentemente, o envelhecimento da população é para todos nós, tanto a nível coletivo como individual, uma enorme conquista. Mas uma conquista que origina grandes (e novos) desafios. Com o envelhecimento da população, doenças que antes eram praticamente desconhecidas passaram a ter uma prevalência muito maior, porque são doenças próprias da idade avançada e que colocam as pessoas idosas em situações de dependência³¹. Portanto, o maior desafio que hoje as nossas sociedades enfrentam face ao envelhecimento é, cada vez mais, o prolongamento da vida com qualidade, da vida saudável³². Infelizmente, neste ponto, Portugal está longe ainda de uma situação ideal³³, porque a longevidade que se logrou alcançar, infelizmente, não se mede em anos de saúde, mas em anos de doença.

Por outro lado, a conjugação do envelhecimento com outros fatores sociológicos que têm vindo a ser experienciados pelas nossas sociedades agudiza o panorama futuro dos cuidados de longa duração.

As famílias tornam-se cada vez mais pequenas. Não apenas pela erosão da família alargada em favor de agregados domésticos cada vez mais pequenos, onde se destacam os agregados constituídos por uma pessoa só e as famílias monoparentais, mas também pelo facto de as pessoas terem cada vez menos filhos³⁴. Se é

³⁰ Dados disponíveis em PORDATA – Base de Dados Portugal Contemporâneo, *cit.*. *Vd.* também INE, I. P., *Estatísticas demográficas 2017*, Lisboa-Portugal, 2018, p. 28.

³¹ Não será um mero acaso o facto de o primeiro subscritor da Petição n.º 191/XIII/2.^a, que deu impulso ao debate sobre o Estatuto do Cuidador Informal, ser o Grupo de Cuidadores Informais de Doentes de Alzheimer e outras Demências Similares. Sobre as iniciativas legislativas em curso, *vd. infra*, ponto 6.

³² Note-se que um dos principais fatores da perda de saúde é o isolamento – as ações sociais que possamos adotar podem ter um impacto muito maior do que aquele que se poderia, num primeiro momento, intuir.

³³ *Vd. supra*, nota 2.

³⁴ *Cf.* MARIA JOÃO VALENTE ROSA, «Das famílias aos agregados domésticos, a partir dos factos», in OTÍLIA MONTEIRO FERNANDES e CARLA MAIA (coords.), *A Família Portuguesa no século XXI*, Lisboa, Parsifal, 2015, pp. 29-37. A autora destaca que cerca de um quinto dos agregados domésticos são unipessoais, sendo que destes “mais de metade correspondem a situações de pessoas com 65 anos e mais” (p. 31). De acordo com dados disponíveis na PORDATA – Base de Dados Portugal Contemporâneo, *cit.*, em 2005, havia 633,4 milhares agregados domésticos unipessoais (dos quais 378,3 milhares com indivíduos com mais de 65 anos), sendo que, em 2017, eram já 906,6 milhares (dos quais 493,5 milhares com indivíduos

certo que ter muitos filhos não é garantia de vir a ter um cuidador, a verdade é que um filho único se vê perante um encargo, à partida, mais difícil do que aqueles que são acompanhados, na vida, por irmãos³⁵. Note-se que um casal de filhos únicos poderá facilmente vir a ter quatro pessoas idosas e com dependência a seu cargo.

Aliando a estes desafios as preocupações com o futuro do trabalho³⁶ e, consequentemente, com a eficiência dos nossos sistemas de bem-estar social, é natural que a questão dos cuidadores informais e do futuro do cuidado seja uma preocupação cada vez maior das sociedades marcadas por estes fenómenos sociais.

3.2. A afirmação do direito à proteção da saúde

Estas circunstâncias, de cariz demográfico e económico, justificam a crescente relevância dos cuidadores informais do ponto de vista político e apontam, sobretudo, para a frequência do problema e para a expectativa de que essa frequência aumente nos próximos anos e décadas.

Contudo, dando um passo mais atrás e, simultaneamente, mais profundo, parece-nos que a relevância de um estatuto jurídico (não necessariamente formal) dos cuidadores informais é, desde logo, suportada pela consciência ético-jurídica da nossa sociedade que qualifica os cuidados de saúde como um direito. Sempre houve pessoas que cuidavam daqueles que precisavam de auxílio e assistência, da mesma forma que sempre foram prestados cuidados de saúde. No entanto, só em meados do século XX a saúde foi consagrada como um direito de natureza universal, com expressão no art. 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁷

com mais de 65 anos); quanto aos agregados monoparentais, em 2005, eram 282.957 (dos quais 34.011 com progenitor masculino) e, em 2017, 439.787 (dos quais 52.467 com progenitor masculino); quanto ao índice sintético de fecundidade, embora tenha havido uma ligeira subida nos últimos anos, tal facto parece dever-se à descida precedente provocada pela crise económica e financeira (registando-se em 2013 o valor mais baixo, de 1,21 filhos por mulher), encontrando-se o valor atual próximo daqueles que se verificavam há uma década (1,37).

³⁵ Sendo que a situação ideal é aquela em que os membros da família repartem entre si, na medida das suas possibilidades, os encargos decorrentes do cuidado, não podemos olvidar que a prestação de alimentos também abrange a prestação de cuidados pessoais, como já foi decidido no Acórdão da Relação de Lisboa de 05.05.2016, processo n.º 194-15.0T8MGD.L1-8, relator: António Valente, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/9185E6E47672215F80257FD2002F10FD>.

³⁶ Acerca da importância do mercado de trabalho para o contexto estrutural do cuidado informal, *vd.* MARJOLEIN I. BROESE VAN GROENOU e ALICE DE BOER, «Providing informal care in a changing society», *European Journal of Ageing*, Vol. 13, n.º 3, 2016, pp. 275-277.

³⁷ Sobre a transição da compreensão da saúde como um privilégio para uma conceção da saúde como um direito, *vd.* MIRIAM ROCHA, *O direito à informação e o dever de informar em contextos de saúde*, Dissertação de mestrado, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012, pp. 23-66.

e, em Portugal, no art. 64.º da Constituição da República Portuguesa. Ou seja, a ideia de que existe o direito de exigir ao Estado a proteção da saúde é muito recente na história da humanidade e encontra-se ainda numa fase de densificação.

BAPTISTA MACHADO nota que o espaço jurídico se confronta com o espaço ajurídico, contudo, a linha que separa os dois espaços “[desloca-se] com o evoluir do desenvolvimento técnico, das relações económicas e sociais e até da «consciência jurídica geral». Estes desenvolvimentos podem tornar necessária a regulamentação de um domínio de relações que até ali não se revelaram juridicamente significativas ou merecedoras de tutela jurídica”³⁸. Parece-nos que essa transição da saúde como um privilégio para o entendimento da saúde como um direito operou uma mudança na consciência jurídica geral que, conjugada com outros fatores, nomeadamente económicos e sociais, veio possibilitar a desocultação de realidades – como a do cuidador informal – que antes eram invisíveis e a sua ascensão ao plano jurídico. Por este motivo, ainda que a questão dos cuidados informais não fosse uma questão com um impacto tão profundo e um alcance tão vasto, parece-nos que sempre reclamaria a intervenção necessária e adequada do direito, para garantia do direito à prestação de cuidados de qualidade, num contexto de respeito pela dignidade dos cuidadores informais. É que só deve cuidar quem escolher cuidar.

É comum a sugestão de que os países do sul da Europa têm uma conceção familialista dos cuidados, querendo com isso significar que são países onde o *nomos* social faz impender sobre as famílias a obrigação de cuidar. Porém, esta circunstância de as famílias manifestarem vontade de cuidar em nada contradiz, na nossa opinião, a consciência jurídica geral de que recai sobre o Estado – e não sobre as famílias – a obrigação jurídica (não moral) de prestar cuidados de saúde e assistência social a quem dela necessita.

Contudo, o que se verifica é que, em países com maior disponibilidade de cuidados formais, o número de cuidadores informais, na sua globalidade, é superior àqueles em que os cuidados formais são menos abrangentes. No entanto, a relação é inversa se tomarmos em consideração apenas os cuidadores informais intensivos, pois nesse caso verifica-se que há mais cuidadores informais intensivos nos países onde os cuidados formais são menores e menos cuidadores informais intensivos nos países em que os cuidados formais têm um alcance maior. ELLEN VERBAKEL, num estudo que, partindo destas observações, tenta compreender a relação entre

³⁸ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1987 (15.ª reimp., 2006), p. 201.

os padrões de cuidados informais na Europa com a abrangência da rede de cuidados continuados e com o *nomos* social das famílias a este respeito, chega à conclusão de que “níveis baixos de disponibilidade de cuidados de longa duração formais não eram simplesmente compensados por altos níveis de cuidados informais”³⁹. Ou seja, parece que um apoio complementar dos cuidados formais favorece e incentiva a prestação de cuidados formais não intensivos, com benefícios tanto para a pessoa cuidado, como para o cuidador.

Se hoje o estatuto do cuidador está presente no discurso político e na agenda do dia (quando sempre houve cuidadores – e, sobretudo, cuidadoras⁴⁰), é precisamente porque é exigível ao Estado que garanta a prestação de cuidados de saúde de qualidade (e, sem cuidadores informados, formados e apoiados, tal não será possível), no respeito pela dignidade de quem cuida e de quem é cuidado.

Ao assumir-se a proteção da saúde como direito que cabe ao Estado realizar, assume-se a proteção da saúde de todos e de cada um como um valor da própria comunidade política e que a esta compete promover. Este passo permite a essa comunidade reconhecer, por um lado, o valor dos cuidados informais como um valor gerado não apenas na esfera individual de quem é cuidado, mas também como valor da própria comunidade, valor em si, mas também valor económico, na medida em que, se tais cuidados não fossem prestados por um cuidador informal, sempre deveriam ser assegurados pelo Estado.

A partir daqui, também estão criadas as condições para o reconhecimento da situação de injustiça decorrente da falta de reconhecimento jurídico adequado e de medidas concretas e efetivas de apoio e compensação dos cuidadores informais, que lhes são devidas porque, se assim não for, isso significa impor-lhes, em primeira linha, um custo (muitas vezes, muito pesado!) de uma atividade que beneficia a todos⁴¹.

Ao ajudar e prestar assistência às pessoas dependentes, os cuidadores promovem a sua saúde em geral e fazem o que de outra forma seríamos todos nós,

³⁹ Tradução nossa – cf. ELLEN VERBAKEL, «How to understand informal caregiving patterns in Europe?...», *cit.*, p. 446.

⁴⁰ Certamente não é alheio à histórica invisibilidade do cuidado o facto de este consistir de tarefas socialmente atribuídas às mulheres, bem como não será despicando para uma análise aprofundada da sua atual relevância jurídica os avanços realizados em matéria de igualdade de género. Contudo, optámos por não proceder a essa análise nesta sede, por excederem o escopo proposto.

⁴¹ De acordo com ANA RIBAS TEIXEIRA ET AL., *Medidas de Intervenção Junto dos Cuidadores Informais...*, *cit.*, p. 13, “o valor económico do cuidado informal representa 50 a 90% dos custos totais dos cuidados continuados nos estados membros da EU”.

enquanto comunidade política, enquanto Estado, a fazer. O que significa que os cuidadores informais contribuem de modo efetivo para o bem comum, beneficiando toda a sociedade, que, contudo, pouco ou nada retribuiu. No fundo, o Estado usufrui do serviço prestado pelos cuidadores informais, sem retribuir na devida proporção.

Em suma, a interpelação que nos é dirigida pelas situações de dependência a que não conseguimos obviar – e pelo envelhecimento, na medida em que é um fator que potenciará a prevalência das pessoas em situação de dependência – radica em encontrar soluções que garantam que o cuidado exigido por essa situação de dependência seja prestado de forma justa e digna para todos aqueles que nele estão envolvidos: desde logo, aqueles que são cuidados e, no caso dos cuidados informais, aqueles que cuidam.

4. Duas *rationes* do estatuto jurídico dos cuidadores informais

Face à conclusão precedente, é para nós evidente a existência de duas orientações teleológicas que sempre terão de estar presentes na determinação de um estatuto para os cuidadores informais, o qual deverá assentar em dois eixos: por um lado, o cuidador informal deve ser considerado ao lado dos profissionais de saúde⁴², como participante e colaborador do plano terapêutico delineado por aqueles profissionais, reconhecendo-se o seu papel como ator principal da promoção da saúde⁴³ e da proteção social da pessoa em situação de dependência; por outro lado, há também que considerar o próprio cuidador informal como destinatário de cuidados de saúde e de proteção social, na medida dos riscos a que o mesmo está exposto.

⁴² Sobre o papel do cuidador informal como participante do plano terapêutico (embora sob a perspetiva restrita do direito – que entendemos como poder-dever – à informação), *vd.* MIRIAM ROCHA, *O direito à informação e o dever de informar em contextos de saúde, cit.*, pp. 129-133; com referência aos vários papéis atribuídos ao cuidador informar, *ver* PATRICK BARRETT, BEATRICE HALE e MARY BUTLER, *Family Care and Social Capital: Transitions in Informal Care*, Springer, 2014, p. 6.

⁴³ Não é por acaso que os cuidados informais aparecem no Inquérito Nacional de Saúde (2014) na categoria de “Determinantes da Saúde”. Isso resulta da constatação e reconhecimento de que esses cuidados são essenciais para a saúde da pessoa cuidada. Ora, as pessoas em situação de dependência carecem muitas vezes da capacidade e/ou dos meios para fazer ouvir a sua própria voz, encontrando-se numa situação de especial vulnerabilidade.

Estas duas dimensões reclamam do direito soluções integradas, que convocam várias vertentes, nomeadamente, ao nível da saúde, trabalho e segurança social. A mera intervenção pontual pode conduzir a soluções que, ao invés de realizarem os valores propugnados, os subvertem. É necessário não perder de vista que, sendo os cuidados informais cada vez mais relevantes nas nossas sociedades, isso não pode significar que se devam substituir ao Estado, ou melhor, que o Estado onere as famílias com encargos que são tarefa sua. Os cuidados informais devem complementar os cuidados formais e não substituí-los⁴⁴. São vários os autores⁴⁵ que alertam para os perigos de instrumentalização e exploração dos cuidadores informais como recursos para compensar os défices dos sistemas de saúde. Nesses casos, agrava-se não apenas a situação do cuidador informal, mas também, consequentemente, a da pessoa que está aos seus cuidados.

Assim, a defesa que fazemos de um Estatuto do Cuidador Informal não passa necessariamente pela elaboração de um diploma formal⁴⁶, mas fundamentalmente pela assunção de um estatuto material, de cujo conteúdo decorra a realização das exigências de respeito e de justiça que são devidos aos cuidadores informais.

5. O atual estado do direito no que diz respeito aos cuidadores informais

A lei nem sempre se refere ao cuidador informal como tal, mas utiliza outros termos e locuções. Tomemos como exemplo o diploma⁴⁷ que regula a Rede Nacional dos Cuidados Continuados Integrados (RNCCI), onde os cuidadores informais são referidos como “prestadores informais”⁴⁸, “prestadores de cuidados informais”⁴⁹, “cuidadores principais”⁵⁰, “outros prestadores de cuidados”⁵¹ e, simples-

⁴⁴ ELLEN VERBAKEL, «How to understand informal caregiving patterns in Europe?...», *cit.*, pp. 436-447.

⁴⁵ Cf. PATRICK BARRETT, BEATRICE HALE e MARY BUTLER – *Family Care and Social Capital: Transitions in Informal Care*, *cit.*, p. 6.

⁴⁶ Que nos parece, contudo, uma opção preferível à pulverização normativa dos traços fundamentais das normas atinentes aos cuidadores familiares.

⁴⁷ Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho (última alteração introduzida pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro).

⁴⁸ Cf. art. 4.º, n.º 2, al. e), do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho.

⁴⁹ Cf. art. 40.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho.

⁵⁰ Cf. arts. 6.º, al. i), e 17.º, n.º 3 (embora, neste caso, com a ordem invertida – “principal cuidador”) do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho.

⁵¹ Cf. art. 28.º, al. c), do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho.

mente, “cuidadores”⁵². A mesma ambiguidade encontra-se presente na Lei de Bases dos Cuidados Paliativos⁵³, repetindo-se noutros *loci* da lei⁵⁴. Esta multiplicidade de expressões a designar a mesma realidade pode ter a virtualidade de evocar diferentes dimensões do cuidado prestado, mas a sua utilização pelo legislador é incorreta, do ponto de vista de técnica legislativa, uma vez que não existe qualquer razão válida para a utilização de tal variedade de expressões e, muito menos, que justifique os riscos associados à ambiguidade.

Atualmente, a única definição legal de cuidador informal é dada pela Lei de Bases dos Cuidados Paliativos⁵⁵, que se refere na Base II (Conceitos) aos “prestadores informais” como “aqueles que, tendo ou não laços de parentesco com o doente, se responsabilizam e asseguram a prestação de cuidados básicos regulares e não especializados, ditos informais”. Esta definição vai ao encontro do que *supra* referimos: o cuidador informal não tem necessariamente de ser um familiar da pessoa dependente (por vezes, será um amigo, ou vizinho) e os cuidados que presta não são cuidados da competência exclusiva de qualquer profissional de saúde. Contudo, esta definição aparece num contexto específico, que é o dos cuidados informais ao doente *que recebe cuidados paliativos*. Parece-nos defensável a aplicação analógica, *mutatis mutandis*, do conceito a outros dispositivos legais, mas seria preferível, aqui também, uma melhor caracterização legal das situações consideradas como correspondendo a cuidados informais, sem prejuízo das eventuais especificidades emergentes de determinados contextos de saúde⁵⁶.

Relativamente aos direitos do cuidador informal, neste momento, a legislação prevê, de um modo geral, um conjunto de direitos, sobretudo ao nível da informação, formação e participação no plano terapêutico, com conseqüente direito ao descanso e apoio psicossocial. O que se denota é que, em todos estes diplomas, as referências àqueles direitos dos cuidadores informais são feitas de forma genérica, como objetivos específicos da RNCCI e da Rede Nacional de Cuidados Paliativos (RNCP) ou como serviços assegurados pelas respetivas equipas.

⁵² Cf. art. 28.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho.

⁵³ Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro. De facto, o intérprete depara-se, também aí, com a utilização das locuções “prestadores informais” – Base II, al. l), e Base IX, al. d) – e “cuidadores informais” – Base XX, n.º 4 – e ainda com a simples palavra “cuidadores” – Base XVIII, n.º 1, al. a).

⁵⁴ Veja-se, ainda, em especial, os arts. 7.º, n.ºs 1 e 2, da Lei dos Direitos das Pessoas em Contexto de Doença Avançada e em Fim de Vida (Lei n.º 31/2018, de 18 de julho).

⁵⁵ Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro.

⁵⁶ Analisando o cuidado informal em vários contextos, *vd.* PATRICK BARRETT, BEATRICE HALE e MARY BUTLER, *Family Care and Social Capital: Transitions in Informal Care*, *cit.*

Destarte, as equipas de cuidados continuados integrados e as equipas comunitárias de suporte em cuidados paliativos devem apoiar os cuidadores informais na sua qualificação e na prestação de cuidados. A lei não refere, contudo, se esta formação deve ser prestada de modo formal ou informal, não determina se ela pode ser certificada, nem quando deverá ser prestada e, por último, não estabelece normas que facilitem, ao cuidador informal, a eventual necessidade de articular essa formação com a sua vida profissional.

Quanto ao descanso do cuidador informal, é necessário articular três normas para compreender a sua atual configuração, que é diminuta: o art.17.º do diploma que regula a RNCCI, a Base XX da Lei de Bases dos Cuidados Paliativos e o art. 7.º da Lei dos Direitos das Pessoas em Contexto de Doença Avançada e em Fim de Vida. O primeiro daqueles normativos prevê que, no âmbito da RNCCI, as unidades de longa duração e manutenção possam proporcionar internamento aos doentes, por motivo de dificuldades de apoio familiar ou de descanso do cuidador principal. Além disso, também no âmbito da Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (Base XX, n.º 4), prevê-se expressamente que um dos critérios para internamento no âmbito da RNCP é a exaustão dos cuidadores informais. A Lei dos Direitos das Pessoas em Contexto de Doença Avançada e em Fim de Vida foi um pouco mais longe e determinou ainda, no art. 2.º, n.º 3, que os profissionais de saúde devem, eles próprios, requerer o direito ao descanso do cuidador informal da pessoa em contexto de doença avançada e em fim de vida, sempre que tal se justifique, ou seja, sempre que se verifique a necessidade desse descanso.

Além destas normas, que se referem especificamente ao cuidador informal, existem também algumas medidas de apoio social que, não sendo especificamente dirigidas ao cuidador informal, podem ajudar a minorar os constrangimentos causados por essa função social que lhe está adstrita. Referimo-nos, em especial, ao subsídio para assistência a filho com deficiência ou doença crónica⁵⁷, ao subsídio por assistência a terceira pessoa⁵⁸, ao complemento por dependência⁵⁹ e prestação suplementar para assistência a terceira pessoa⁶⁰.

⁵⁷ Art. 20.º do Regime Jurídico de Proteção Social na Parentalidade, instituído pelo Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril (última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 53/2018, de 2 de julho).

⁵⁸ Art. 10.º do Regime de Proteção na Eventualidade de Encargos Familiares da Segurança Social e da Função Pública, instituído pelo Decreto-Lei n.º 133-B/97, de 30 de maio (última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 126-A/2017, de 6 de outubro).

⁵⁹ Regime Jurídico do Complemento por Dependência instituído pelo Decreto-Lei n.º 265/99, de 14 de julho (última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 126-A/2017, de 6 de outubro).

⁶⁰ Arts. 53.º e 54.º do Regime de Reparação de Acidentes de Trabalho e de Doenças Profissionais, instituído pela Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro.

Em suma, do ponto de vista legislativo, o que existe hoje em dia não é um vazio legislativo, embora seja manifestamente insuficiente. São necessárias soluções mais abrangentes e integradas (nomeadamente, do ponto de vista laboral e da segurança social) e, por outro lado, é necessário que as soluções já consagradas sejam conhecidas dos seus destinatários e que haja condições materiais de realização dessas soluções. Não se pode, por isso, afirmar que exista hoje um Estatuto do Cuidador Informal ou sequer que seja reconhecido juridicamente o papel e o valor social dos cuidadores informais e a sua importância para a qualidade de vida das pessoas cuidadas.

6. Perspetivas de futuro: a caminho de uma nova legislação...

É de esperar, contudo, que a situação seja alterada num futuro próximo. Está por saber o quão próximo e qual a medida concreta dessa alteração.

Em janeiro de 2016, o Governo iniciou o processo de reforma dos cuidados continuados integrados, estabelecendo no Despacho n.º 201/2016, de 7 de janeiro, que compete de modo especial à coordenação nacional da reforma promover e dinamizar, entre outras, “as estratégias que promovam, apoiem e valorizem o contributo de todos para a resolução dos problemas, nomeadamente os cuidadores informais e familiares”⁶¹.

Ainda no ano de 2016, foram aprovadas cinco recomendações da Assembleia da República ao Governo, da autoria do CDS-PP, PCP, PS, PSD e BE, constatando a necessidade de um maior reconhecimento social e jurídico do contributo dos cuidadores informais para a sociedade. Na sua generalidade, as recomendações defendem a criação de um Estatuto do Cuidador Informal, pelo qual se estabeleçam os direitos, garantias e deveres dos cuidadores. Além das resoluções, em outubro de 2016, deu entrada no Parlamento uma petição, subscrita por 8.057 pessoas, tendo como primeiro subscritor o Grupo de Cuidadores Informais de Doentes de Alzheimer e outras Demências Similares, solicitando à Assembleia da República 14 ações, entre as quais a criação de um Estatuto do Cuidador Informal.

Na sequência daquelas recomendações, o Governo constituiu um Grupo de Trabalho, para um estudo de apoio à decisão política de criação de um Estatuto do Cuidador Informal. Este grupo veio a apresentar publicamente, em finais de

⁶¹ N.º 2, al. f), do Despacho n.º 201/2016, de 7 de janeiro.

fevereiro de 2018, um documento intitulado *Medidas de Intervenção junto dos Cuidadores Informais: Documento Enquadrador, Perspetiva Nacional e Internacional*. Da leitura da nota prévia do documento, resulta a frustração do mandato confiado ao grupo de trabalho, por falta de um “estudo mais aprofundado e de análise das medidas que poderiam ser implementadas, do seu custo-benefício e da sua viabilidade no âmbito das diferentes áreas consideradas, designadamente do trabalho, da saúde e das finanças”⁶².

Atualmente, está em curso uma iniciativa legislativa para a criação de um Estatuto dos Cuidadores Informais, ancorada na já referida Petição e em dois projetos de lei apresentados em março deste ano, pelo BE⁶³ e pelo PCP⁶⁴, bem como em dois projetos de resolução, da autoria do CDS-PP⁶⁵ e do PAN⁶⁶. Estes diplomas foram objeto de apreciação, sem votação, e baixaram à Comissão de Trabalho e Segurança Social, onde desde maio se têm produzido audições a personalidades e instituições da sociedade civil, com responsabilidade social e política.

Em termos de conteúdo material de apoio aos cuidadores informais, podemos identificar três áreas de atuação a partir daquelas iniciativas: proteção social, trabalho e a saúde. Assim, ao nível da proteção social, as propostas passam, entre outras, pela atribuição de benefícios fiscais e de subsídios sociais específicos para os cuidadores e/ou para a pessoa cuidada, bem como a contabilização do tempo despendido com o cuidado para efeitos de pensão de reforma e a atribuição da pensão por morte e da pensão de sobrevivência da pessoa dependente, entretanto falecida, ao cuidador informal⁶⁷.

Do ponto de vista laboral, as propostas visam facilitar a conciliação entre a atividade de cuidado e a atividade profissional/académica e vão desde o reconhecimento do direito a faltas, redução de horário e licenças para acompanhamento da pessoa dependente até à aplicação, ao cuidador informal, do mesmo regime

⁶² Cf. ANA RIBAS TEIXEIRA ET AL., *Medidas de Intervenção Junto dos Cuidadores Informais...*, cit., p. 4.

⁶³ Projeto de Lei n.º 801/XIII/3.ª.

⁶⁴ Projeto de Lei n.º 804/XIII/3.ª. Este projeto não prevê a criação de um Estatuto do Cuidador Informal do ponto de vista formal, mas centra-se na defesa de mecanismos que se consubstanciam num estatuto material, mediante o “desenvolvimento de uma rede de apoio aos cuidadores informais com base nos serviços públicos, designadamente das áreas da saúde, trabalho e segurança social” (art. 1.º).

⁶⁵ Projeto de Resolução n.º 1400/XIII/3.ª.

⁶⁶ Projeto de Resolução n.º 1408/XIII/3.ª.

⁶⁷ Cf., a título de exemplo, pontos 9, 10, 11 e 12 da Petição n.º 191/XIII/2.ª, arts. 5.º e 6.º do Projeto de Lei n.º 801/XIII/3.ª (BE), art. 7.º, n.º 2, do Projeto de Lei n.º 804/XIII/3.ª (PCP), recomendação n.º 3-II e VII do Projecto de Resolução n.º 1400/xiii/3.ª (CDS-PP) e recomendação n.º 2-e), 6 e 7 do Projecto de Resolução n.º 1408/XIII/3.ª (PAN).

existente para o trabalhador-estudante, sem esquecer a fase em que o cuidador deixa de o ser, propondo-se também medidas de requalificação profissional dos cuidadores informais e a possibilidade de estes requererem uma licença sem vencimento, garantindo desta forma o regresso ao seu posto de trabalho quando a sua missão de cuidar se der por finda⁶⁸.

Por último, quanto à proteção da saúde do próprio cuidador informal, destaca-se o direito ao descanso, a ser assegurado pela RNCCI, mas também se enquadra aqui a questão das medidas de apoio em geral ao cuidador informal, bem como a sua formação e capacitação, uma vez que a falta de tais apoios e de formação contribuem em grande medida para o isolamento e exclusão social do cuidador informal, bem como para o seu desgaste e consequente esgotamento, com consequências devastadoras ao nível da saúde física e mental.

Além destas propostas, o Governo manifestou a intenção de rever a atual Lei de Bases da Saúde, para o que designou⁶⁹ uma Comissão de Revisão, com o mandato de esta apresentar os termos de referência para a elaboração de uma proposta de lei até ao início da sessão legislativa de 2018/2019, com projeto de articulado. Da pré-proposta, que é publicamente conhecida⁷⁰, consta uma nova Base que tem por epígrafe “cuidadores informais”, dando ênfase ao importante papel que o cuidador tem como parte ativa do processo de promoção e manutenção da saúde e bem-estar das pessoas em situação de dependência e cometendo ao legislador a criação do estatuto dos cuidadores informais. Do texto desta pré-proposta, parece-nos ser de salientar o facto de a definição de cuidadores informais se centrar não nas atividades por eles prestadas, mas sim na situação em que se encontram as pessoas que carecem dos referidos cuidados. A proposta é bastante lata nessa descrição, o que nos parece ser positivo, uma vez que manifesta um propósito de inclusão. De notar, ainda, que a referida Base se centra na proteção da pessoa em situação de dependência ou, dito de outro modo, os direitos do cuidador informal são, sobretudo, o direito que a pessoa com dependência tem a ter um cuidador com direitos.

Considerando todo o contexto descrito, esperava-se que a proposta de Orçamento de Estado apresentada pelo Governo à Assembleia de República previsse

⁶⁸ Cf., a título de exemplo, pontos 9, 10, 11 e 12 da Petição n.º 191/XIII/2.ª, art. 7.º do Projeto de Lei n.º 801/XIII/3.ª (BE), art. 7.º, n.º 1, do Projeto de Lei n.º 804/XIII/3.ª (PCP) e recomendação n.º 2-a), b) e f) do Projeto de Resolução n.º 1408/XIII/3.ª (PAN).

⁶⁹ A Comissão foi criada por Despacho n.º 1222-A/2018, do Gabinete do Ministro da Saúde.

⁷⁰ Disponível na Internet: https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2018/06/LEI_BASES_1806_2018_pre_proposta_apresentacao_INSA.pdf.

já a adoção de medidas concretas de apoio aos cuidadores informais. Contudo, não foi isso que se verificou, adiando-se, pelo menos por mais um ano, uma resposta que já tarda. O art. 94.º da proposta apresentada pelo Governo previa apenas que se diligenciasse, no ano de 2019, pelo desenvolvimento dessas medidas de apoio aos cuidadores informais, bem como determinava que o Governo se dispusesse a realizar um diagnóstico das “respostas existentes de não institucionalização ou dos benefícios fiscais em vigor, por forma a avaliar a necessidade de reforço ou reformulação dos mesmos”.

A opção política, embora se escude na necessidade de um aprofundamento do conhecimento da realidade, parece basear-se – atentas recentes declarações do Governo⁷¹ – na conceção de que a afetação de recursos à criação e implementação de medidas concretas de apoio aos cuidadores informais é um gasto que não é certo que o país possa fazer neste momento. Apesar desta posição manifestada pelo Governo, todos os partidos, exceto o PS e o BE, apresentaram propostas de alteração à proposta de OE⁷².

Destas propostas, apenas foram aprovadas a proposta do PCP (implementação de um projeto-piloto de uma rede pública transversal de apoio aos cuidadores informais principais e às pessoas cuidadas) e, parcialmente, a proposta do CDS-PP (com o intuito de responder ao problema do descanso do cuidador informal, preconizando apoio do Estado, em duas modalidades alternativas: apoio domiciliário ou internamento numa unidade da RNCCI). Foram rejeitadas a proposta do PAN (muito genérica, não fazendo menção a qualquer verba específica e escusando-se a quantificar qualquer uma das 11 medidas de apoio ao cuidador informal que propõe) e do PSD (que previa a equiparação das despesas com contratos de trabalho ou de prestação de serviços destinados a apoiar pessoas no domicílio que necessitam de cuidados permanentes e cuja dependência lhes confira um grau de incapacidade permanente, igual ou superior a 60%, aos encargos com lares, para efeitos de IRS).

Quanto à Lei de Bases da Saúde, quando realizámos a comunicação que serviu de mote a este artigo, era já pública a intenção de o Governo introduzir alterações à pré-proposta que lhe foi apresentada pela Comissão de Revisão, duvidando-se, à época, se se iria manter a nova Base sobre os cuidadores informais e, ainda

⁷¹ Veja-se o *Diário da Assembleia da República*, XIII Legislatura, I Série, n.º 4 (27.09.2018), pp. 4-6. Disponível na Internet: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/13/04/004/2018-09-26/6>.

⁷² Propostas de alteração n.ºs 674C, 244C, 651C e 838C-1, disponíveis para consulta na Internet: <https://www.parlamento.pt/OrcamentoEstado/Paginas/PesquisaPropAlteracao156XIII.aspx?more=1>.

mais, se teria acolhimento na proposta final a intenção de se impor ao legislador a criação de um Estatuto do Cuidador Informal. A realidade demonstrou que havia motivos fundados para a existência de tais dúvidas. No dia 13 de dezembro, foi aprovada em Conselho de Ministros a proposta de lei do Governo para a criação de uma nova Lei de Bases da Saúde que difere, em grande medida, do projeto da pré-proposta da Comissão de Revisão. Um dos pontos de profunda divergência está precisamente na questão dos cuidadores informais, que praticamente desapareceu na proposta de lei, com a eliminação da Base referente aos cuidadores informais. De facto, a única alusão agora feita aos cuidadores informais limita-se ao n.º 4 da Base 3, com a epígrafe “Políticas de Saúde”, no qual se lê: “A política de saúde deve incentivar a adoção de medidas promotoras da responsabilidade social, individual e coletiva, nomeadamente apoiando voluntários, cuidadores informais e da-dores benévolos”. Não existe, contudo, a definição de uma política concreta de apoio aos cuidadores informais, nem a proposta de Lei de Bases da Saúde esclarece qual o papel do cuidador informal no contexto da política de saúde em Portugal, nem qual o papel do Estado perante essa realidade que agora começa a vir à luz do dia.

Há que aguardar (uma vez mais...) pela discussão parlamentar para perceber até onde irá a vontade política de um efetivo reconhecimento dos cuidadores informais e de concretização da tarefa estadual de proteção da saúde. É nossa convicção que, enquanto não houver aquele reconhecimento, esta tarefa ficará cada vez mais comprometida.

7. Conclusão

A relevância de um estatuto jurídico para os cuidadores informais é evidente, resultando da exigência de proteger duas categorias de pessoas que, de modo diverso, se encontram numa situação de especial vulnerabilidade: aqueles que são cuidados e aqueles que cuidam. Trata-se de, em primeira linha, garantir os direitos da pessoa dependente a uma prestação de cuidados de qualidade, no quadro do direito à saúde, mas também de assegurar que aqueles que cuidam o façam num quadro de justiça social e que, de modo nenhum, estejam por esse facto sujeitos a um maior risco de doença, pobreza ou exclusão social do que aqueles que não assumem essas tarefas.

Esta exigência jurídica radica, essencialmente, no reconhecimento do valor social dos cuidadores informais, quando assumem, pessoalmente, uma responsabilidade que é de toda a comunidade, razão pela qual foi cometida ao Estado, a

quem compete criar condições e garantir cuidados de saúde de qualidade. Além disso, as grandes alterações sociais experienciadas pelas sociedades ocidentais, entre as quais se destacam o envelhecimento da população e o aumento da longevidade, tornam premente o planeamento do futuro dos cuidados de saúde, razão pela qual vários Estados têm vindo a reformar os seus sistemas de cuidados de longa duração.

É necessário um aprofundamento dos estudos científicos, nomeadamente nas vertentes psicológica, social e económica, sobre os cuidadores informais, em ordem a melhor apoiar a decisão política. No entanto, a partir de estudos existentes, é importante reforçar que, apesar do stress que se prevê que venha a atingir os sistemas de saúde e solidariedade social devido ao envelhecimento da população e ao aumento da longevidade, o caminho acertado não será o da substituição dos cuidados formais pelos cuidados informais, mas sim um modelo de complementaridade.

Em Portugal, não existe ainda um Estatuto do Cuidador Informal; embora a questão esteja na agenda política, tendo vindo a ser mais intensamente debatida desde 2016. Porém, ainda não é claro se esse Estatuto, de que tanto se vem falando, é um oásis ou uma miragem. Recentes declarações e opções políticas têm vindo a situar os apoios aos cuidadores informais no plano dos custos, mas apoiar os cuidadores informais, mais do que um custo, é um investimento que, do ponto de vista económico, trará certamente benefícios para todos: cuidadores informais, cuidadores formais, sistema de saúde e sociedade no seu todo. Mas muito mais do que um investimento, o reconhecimento do papel que, nas nossas sociedades, compete aos cuidadores informais é um ato de justiça. E não vemos razão mais relevante para legislar do que criar as condições para que a justiça se realize!

Dignidad humana, derecho y bioética

Roberto Andorno

Profesor asociado e investigador

Facultad de Derecho/Instituto de Ética Biomédica de la Universidad de Zúrich, Suiza

Resumo: A noção de dignidade humana constitui um princípio fundamental dos sistemas jurídicos modernos e é reconhecida pelo direito internacional como fonte dos direitos humanos. A dignidade possui, assim, um papel mais central nos instrumentos internacionais sobre bioética adotados desde finais dos anos 1990. Para captar melhor a riqueza desta noção, é importante distinguir dois papéis diferentes que ela possui em bioética: um, como princípio de ordem jurídico-político, e outro, como *standard* moral concreto do tratamento devido ao paciente. Quando a dignidade é entendida no primeiro sentido, encontramos-nos face a um conceito muito geral, que cumpre uma função orientadora das normas relacionadas com as práticas biomédicas. Por outro lado, quando é utilizada no segundo sentido, tenta captar a exigência moral de tratar o paciente sempre como “pessoa”, quer dizer, tendo em conta o seu carácter único e as suas necessidades específicas.

Palavras-chave: Dignidade humana; direitos; vulnerabilidade; relação médico-paciente.

1. Introducción

La idea según la cual los seres humanos poseen una dignidad intrínseca y, como consecuencia, son titulares de derechos fundamentales es el pilar en el que se apoya todo el sistema internacional de derechos humanos que surgió de los horrores de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, corresponde citar, ante todo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que afirma la necesidad de reconocer la “dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo). Asimismo, en su art. 1 afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

También conviene citar los dos Pactos internacionales de Derechos Humanos de 1966, que afirman que los derechos humanos “*derivan* de la dignidad inherente a la persona humana”. Es decir, la dignidad es presentada por el derecho internacional, no como un derecho entre otros, ni tampoco como la suma de todos los derechos, sino como la *fuentes* de los derechos humanos.

El principio de respeto de la dignidad humana también se encuentra en muchas constituciones nacionales, sobre todo las adoptadas en la segunda mitad del siglo XX, que le asignan el rol de fundamento del sistema jurídico nacional.

Este capítulo tiene por objeto, primero, intentar delimitar el concepto de dignidad humana en relación al de derechos humanos, segundo, considerar su valor en los instrumentos internacionales relativos a la bioética, y finalmente considerar la dignidad no ya como un principio general y abstracto, sino como un estándar moral concreto en la atención debida a los pacientes.

2. Dignidad humana y derechos humanos

El principio de dignidad humana quiere enfatizar la idea según la cual todos los seres humanos, *en razón de su mera condición humana*, son merecedores de un respeto incondicional y del reconocimiento de derechos y libertades fundamentales, independientemente de su edad, sexo, capacidad física o mental, origen étnico, religión, ideas políticas, condición socioeconómica o cualquier otra condición particular o circunstancia.

En el pensamiento político moderno, la razón de ser del Estado consiste precisamente en la tutela de la dignidad y derechos de las personas. Es en tal sentido que se habla de “Estado de derecho”, es decir, de un Estado que no actúa de modo arbitrario, sino que está subordinado al Derecho, al respeto de normas constitucionales y legales, entre las cuales se destacan las referidas a los derechos y libertades de las personas.

Dicho de otro modo, el Estado está *obligado* a respetar los derechos humanos. Eso significa que los derechos humanos no son una creación arbitraria o caprichosa de las autoridades, que podrían revocarlos si cambian de opinión. Esto es así porque los derechos humanos no son una creación caprichosa de las leyes ni se apoyan meramente en la buena voluntad de los gobernantes, sino que *derivan* de la dignidad humana, que es intrínseca a cada ser humano.

En tal sentido conviene recordar el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos según el cual “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al *reconocimiento* de su personalidad jurídica”. En otras palabras, para emplear la expresión de HANNAH ARENDT, todos los seres humanos tienen “el derecho a tener derechos” (“*das Recht, Rechte zu haben*”)¹.

¹ HANNAH ARENDT, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, München, Piper, 1951, p. 465.

De algún modo, podría decirse que la dignidad humana sirve de “puente” entre la moral y el derecho. Como lo señala HABERMAS, la dignidad es “el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho” y viene así a cumplir una “función catalizadora” en la construcción de los derechos humanos².

Desde luego, aun cuando los derechos humanos no sean “inventados” por las leyes, es obvio que la *eficacia práctica* de tales derechos depende en buena medida de su reconocimiento legal, así como del establecimiento de una serie de mecanismos institucionales y jurisdiccionales orientados a asegurar su aplicación. Pero, aun así, conviene insistir en que la *validez última* de los derechos humanos no está condicionada por tal reconocimiento e institucionalización³, los sistemas jurídicos no presentan la noción de dignidad humana como una ficción legal arbitraria o como una noción puramente metafísica, sino *como la base indispensable para el buen funcionamiento de la sociedad*.

3. ¿Es la dignidad humana un concepto inútil?

La noción de dignidad humana es pacíficamente aceptada en el campo jurídico y es utilizada regularmente por la jurisprudencia para resolver casos concretos⁴. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el campo de la bioética, donde esta noción es más discutida, sobre todo en el ámbito angloamericano. Así, por ejemplo, hace ya algunos años, la bioeticista norteamericana RUTH MACKLIN calificó a la dignidad humana de “concepto inútil” o “superfluo”, ya que no significaría más que el respeto debido a la autonomía de las personas (sobre todo, a través de la exigencia del consentimiento informado)⁵. Por tal razón, dice MACKLIN, si ya tenemos el principio de autonomía, ¿para qué necesitamos el de dignidad? Según esta autora, la dignidad no sería más que un concepto retórico o político, pero sin un contenido preciso. Por eso, la deberíamos simplemente abandonar.

² JÜRGEN HABERMAS, «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Diánoia*, vol. 5, n.º 64, 2010, p. 6.

³ JAMES NICKEL, *Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, Berkeley, University of California Press, 1987, p. 561.

⁴ En este sentido, se puede citar la decisión del Consejo de Estado francés que declaró contraria a la dignidad humana la práctica consistente en el “lanzamiento de enanos” (Consejo de Estado, Commune de Morsang-sur-Orge, 27 de octubre de 1995, n.º 136727, en: *Recueil Lebon*, 1995-2, p. 372).

⁵ RUTH MACKLIN, «Dignity is a useless concept», *British Medical Journal*, vol. 327, n.º 7429, 2003, p. 1419.

En mi opinión, esta posición tiene dos puntos débiles principales. El primero es que si abandonamos el concepto de dignidad humana también eliminamos la razón última del respeto de la autonomía de los pacientes y el valor del consentimiento informado. Es decir, si las personas no tienen un valor intrínseco, no se entiende por qué deberíamos respetar su autonomía o cualquier otra prerrogativa o derecho.

El segundo punto débil es que la dignidad no puede ser sinónimo de “autonomía” por la sencilla razón de que también quienes poseen una autonomía muy limitada o nula (por ejemplo, los que sufren enfermedades mentales o los recién nacidos) son también reconocidos como poseedores de una dignidad intrínseca y merecedores de respeto. Esto significa que la dignidad es un concepto mucho más amplio, previo y fundamental que el de autonomía.

Es cierto que las normas legales nunca definen la dignidad humana. La afirman, pero no la definen. Sin embargo, esto no significa que estemos ante una noción vacía o puramente retórica. En realidad, ninguno de los grandes valores en los que se sustenta la vida en sociedad (la justicia, la libertad, la solidaridad, etc.) es definido por las leyes, y de ello no se deduce que se trata de nociones puramente retóricas o inútiles que deberíamos abandonar. Si la dignidad humana no es definida, no es porque sea vacía o demasiado pobre, sino al contrario, porque es demasiado rica como para ser encapsulada en una definición precisa. En realidad, el significado básico de la idea de dignidad es muy sencillo y encarna una exigencia de justicia hacia cada persona.

Dada la dificultad para definir a la dignidad humana en forma positiva, existe una tendencia a caracterizar a esta noción en términos negativos. Así, por ejemplo, RONALD DWORKIN afirma que la dignidad expresa la idea según la cual las personas “no deben ser nunca tratadas de un modo tal que implique desconocer la importancia única de sus vidas”⁶. En el mismo sentido, dice MARY MIDGLEY que “hay cosas que no se pueden hacer a ninguna persona, en ningún lugar”⁷. Como se puede observar, en ambos casos la dignidad humana viene a expresar una idea de absoluto, de respeto incondicional, que no está ligado al grado de autonomía del individuo.

⁶ RONALD DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, Vintage, 1994, p. 236.

⁷ MARY MIDGLEY, “Towards an ethic of global responsibility”, in T. DUNNE y N. J. WHEELER (coords.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 160.

Por la misma razón, no es casual que, mientras la mayoría de los derechos humanos se formulan en términos positivos (“Toda persona tiene derecho a...”), aquellos que protegen contra las violaciones más graves de la dignidad humana se formulan en términos negativos, es decir, como *prohibiciones*⁸. Así, por ejemplo, se afirma que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre” y que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (arts. 4 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, respectivamente). Precisamente dado que estos derechos se desprenden más directamente de la dignidad humana que los demás, son vistos como *absolutos*, en el sentido de que no están sujetos a ninguna excepción. En cambio, la mayoría de los derechos son *relativos*, en el sentido de que están sujetos a aquellas limitaciones establecidas por la ley que sean necesarias para asegurar el respeto de los derechos y libertades de las demás personas y que aspiren a satisfacer “las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (art. 29, inciso 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Lo anterior se explica porque es más fácil entender el significado de la dignidad considerando lo que es contrario a ella que lo que está en conformidad con ella. Es más fácil identificar el mal que el bien. Es cuando nos enfrentamos con las peores cosas que se pueden hacer a un ser humano que entendemos mejor, por contraste, lo que significa la dignidad humana⁹. Incluso el famoso imperativo categórico kantiano, según el cual *nadie debe ser tratado como un simple medio sino siempre como un fin en sí*, es un ejemplo de esta “vía negativa”. Esta lectura de la dignidad como exigencia de no-instrumentalización de las personas es muy útil en bioética y se usa, por ejemplo, para justificar la prohibición de prácticas tales como la maternidad subrogada y la venta de órganos, en las que la persona es reducida a la condición de mero instrumento para la satisfacción de intereses de terceros.

4. La dignidad humana en los instrumentos internacionales de bioética

Si bien todo el sistema internacional de derechos humanos se basa en el principio de dignidad humana, los instrumentos internacionales sobre bioética le dan a esta noción un rol aún más central y hasta omnipresente. Según los juristas

⁸ JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 212.

⁹ ROBERTO ANDORNO, «The dual role of human dignity in bioethics», *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 16, n.º 4, 2013, p. 967.

franceses NOËLLE LENOIR y BERTRAND MATHIEU, la dignidad humana es el “principio matriz” (*principe matriciel*) del derecho internacional de la bioética¹⁰. También puede afirmarse que la dignidad es el “principio omniabarcador” (*overarching principle*) de las normas internacionales relativas a la biomedicina¹¹.

En contraste con lo anterior, BEYLEVELD y BROWNSWORD sostienen que las normas internacionales sobre bioética emplean dos nociones opuestas de dignidad: a) la “dignidad como facultad” (*dignity as empowerment*), que es la incluida en los clásicos instrumentos internacionales de derechos humanos, y b) la “dignidad como restricción” (*dignity as constraint*), que sería una creación reciente de los instrumentos relativos a la bioética¹². Según esta interpretación, la primera noción de dignidad se identificaría con la capacidad para actuar de modo autónomo y con el derecho del individuo a aquellas condiciones que favorecen el pleno desarrollo de su personalidad. En cambio, la segunda noción de dignidad sería más objetable en cuanto reflejaría una visión paternalista, dado que fija límites a la autonomía individual, al prohibir ciertas prácticas aún en contra de la voluntad del individuo.

En mi opinión, esta distinción es criticable, ya que no estamos en verdad ante dos nociones opuestas, sino ante dos facetas de una misma realidad. Es precisamente porque los seres humanos poseen un valor inherente que son titulares de derechos y merecen ser protegidos contra aquellos actos que sean contrarios a tal valor inherente. Es la misma dignidad la que confiere derechos y la que fija límites a tales derechos. Cabe recordar que la autonomía individual no es absoluta, sino que encuentra su límite en aquellas prácticas que resultan contrarias a la dignidad y a los derechos fundamentales de la persona. Es cierto que, en algunos casos, tales limitaciones también operan cuando el individuo ha dado su consentimiento. Es que todo sistema jurídico contiene normas de orden público, que fijan un límite a los derechos que las personas pueden renunciar en favor de otras¹³. En efecto, hay derechos que son indisponibles por estar directamente ligados a la dignidad de la persona. Con lo anterior se quiere señalar que no hay oposición entre la dignidad como fuente de las prerrogativas individuales y como exigencia de protección

¹⁰ NOËLLE LENOIR y BERTRAND MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 16.

¹¹ ROBERTO ANDORNO, «Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics», *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 34, n.º 3, 2009, p. 223.

¹² DERICK BEYLEVELD y ROGER BROWNSWORD, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 11.

¹³ BENEDITA MAC CRORE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, Almedina, 2013 (reimpresión: 2017).

contra prácticas violatorias de la dignidad. Se trata, en realidad, de dos caras de la misma moneda.

El recurso a la dignidad humana es bien visible, por ejemplo, en los documentos de la UNESCO y del Consejo de Europa sobre bioética. Las tres declaraciones sobre bioética adoptadas en el marco de la UNESCO son la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).

Este último instrumento es especialmente interesante en cuanto muestra que el principio de dignidad humana juega simultáneamente varios roles, que no se excluyen entre sí: a) encarna el objetivo principal de la Declaración (art. 2.c); b) es el principio primero y fundamental de la bioética (art. 3); c) es el principal argumento contra toda forma de discriminación, incluyendo por ejemplo, la discriminación genética (art. 11); d) es el marco en el que la diversidad cultural debe ser respetado (art. 12); e) es la clave de interpretación de todas las disposiciones de la Declaración (art. 28).

La Convención europea de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 (“Convención de Oviedo”) también da un rol central a la dignidad humana. De acuerdo con su art. 1.º, el objetivo general del instrumento es “proteger al ser humano en su dignidad e identidad y garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”. Por lo tanto, el objetivo del Convenio parece estructurarse en dos niveles diversos: primero y, ante todo, la protección de la dignidad e identidad de los seres humanos; segundo, la salvaguarda de la integridad y de otros derechos fundamentales de las personas. En otras palabras, se hace una distinción entre dignidad y derechos.

En síntesis, se puede afirmar que la función primera y principal del principio de dignidad humana es fijar el *umbral mínimo* del respeto debido a todo ser humano, y de este modo, indicar qué prácticas son absolutamente inaceptables en una sociedad civilizada.

Cabe también mencionar que el principio de dignidad humana se utiliza en los últimos años no sólo para promover el respeto del valor intrínseco de cada individuo, sino también del valor de la *humanidad en su conjunto*, incluyendo a las generaciones futuras. El recurso a esta noción derivada (o secundaria) de dignidad tiene lugar en los debates acerca de tecnologías que pueden poner en peligro la identidad y la integridad de la especie humana, tales como las intervenciones en la línea germinal y la clonación reproductiva. Es que el recurso a los derechos hu-

manos parece insuficiente para hacer frente a estos nuevos desafíos porque los derechos humanos sólo pertenecen a los individuos actualmente existentes y no a la humanidad en su conjunto.

El razonamiento que sirve de base a esta noción extensiva de dignidad es el siguiente: si cada ser humano posee un valor intrínseco, puede sostenerse que el género al cual pertenecen (la humanidad) también posee un valor inherente. Este concepto amplio de dignidad exige, por un lado, la preservación de un medio ambiente sostenible para quienes nos sucedan (tarea que incumbe a la ética del medio ambiente) y, por el otro lado, la protección de la integridad e identidad del género humano (tarea de la bioética).

En este sentido, es interesante mencionar que las dos únicas normas de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 que califican prácticas concretas como “contrarias a la dignidad humana” emplean la noción de dignidad humana en este sentido amplio y no se refieren a los derechos humanos. Se trata del art. 11, que condena la clonación de seres humanos con fines de reproducción, y del art. 24, que prohíbe las intervenciones en la línea germinal humana.

5. La dignidad humana como estándar concreto de los cuidados debidos al paciente

Además de su función como principio general orientador, la dignidad juega también otro rol mucho más específico: es un estándar moral concreto de la atención debida al paciente. Cuando cumple esta función, sobre todo en el campo de la relación médico-paciente, la dignidad quiere enfatizar la idea de que cada paciente no es un objeto, una enfermedad, un “caso”, sino una *persona*, es decir un ser único e irrepetible, con su propia historia, valores y preferencias.

¿Por qué es crucial prestar atención a la dignidad de cada paciente, sobre todo de los hospitalizados? Porque se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que los expone más fuertemente a ver su autoestima afectada. No hay que olvidar que tales pacientes dependen enormemente de la ayuda de los demás, no sólo en el plano terapéutico, sino también para satisfacer sus necesidades más básicas. Esto los hace más sensibles a cualquier conducta o actitud de los profesionales de la salud que pudiera ser percibida como un desprecio. Es interesante destacar que la etimología misma de la palabra “paciente” pone en evidencia tal vulnerabilidad. En efecto, este término proviene del latín *patior*, que significa sufrir o soportar, y nos remite a la vulnerabilidad común a todos los pacientes.

Esta estrecha relación entre dignidad y vulnerabilidad es de algún modo paradójica. El concepto de dignidad humana ha sido tradicionalmente asociado a las más elevadas capacidades racionales y de decisión autónoma de los seres humanos. Pero el hecho es que, en el ámbito médico, la dignidad resulta, por contraste, más visible en la vulnerabilidad que en la autosuficiencia. Probablemente esto se explica porque en las personas más vulnerables (como los recién nacidos, los ancianos, los enfermos terminales, etc.) la dignidad humana no se oculta detrás del ropaje de las capacidades intelectuales o físicas, o de la buena salud o belleza del individuo en cuestión. La dignidad del enfermo más vulnerable se presenta en forma pura. Por ello, cabe decir que, si un profesional de la salud no es capaz de reconocer la dignidad en cada uno de sus pacientes más vulnerables, no será nunca capaz de entender lo que realmente significa la dignidad¹⁴.

Quisiera destacar que en las últimas décadas se han llevado a cabo numerosos estudios empíricos orientados a entender mejor lo que significa la dignidad desde la perspectiva del paciente, ya sea en términos negativos o positivos. En este sentido, un experto en temas de salud pública ha identificado cuatro modos en los que la dignidad del paciente puede verse afectada¹⁵.

a) *No ser visto*. A veces, los pacientes pueden sentirse ignorados o insuficientemente reconocidos por los profesionales de la salud. Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando un médico no parece ser consciente de la presencia del paciente y evita mirarle a los ojos o darle la mano. En tales casos, los pacientes pueden sentirse ofendidos en su dignidad.

b) *Ser visto, pero solo como miembro de un grupo*. También puede ocurrir que los pacientes sean principalmente percibidos como miembros de una categoría (por ejemplo, "ancianos", "enfermos terminales", "discapacitados", etc.) y no como individuos. Esta inclusión en un grupo puede tener relevancia para un diagnóstico y un tratamiento más eficaces, pero si no se maneja adecuadamente, puede afectar la dignidad del paciente, al crear en éste la impresión de que se olvida su condición de individuo con un valor intrínseco.

c) *Violaciones del espacio corporal*. La atención sanitaria exige a veces que los pacientes se desnuden y expongan sus cuerpos a los profesionales de la salud para un examen. En este sentido debe destacarse que tales exámenes deben siempre hacerse con el permiso del paciente y explicándole claramente que se está haciendo

¹⁴ ROBERTO ANDORNO, «The dual role of human dignity in bioethics», *cit.*

¹⁵ JONATHAN MANN, «Dignity and Health: The UDHR's Revolutionary First Article», *Health and Human Rights*, vol. 3, n.º 2, 1998, pp. 30-38.

(a menos, obviamente, que eso resulte imposible, por ejemplo, por encontrarse el paciente en estado de inconsciencia). Por la misma razón, los médicos docentes siempre deben contar con el consentimiento del paciente antes de invitar a estudiantes a observar pacientes.

d) *Humillaciones*. Este factor atentatorio de la dignidad, que está presente en las tres categorías precedentes, puede darse también, por ejemplo, cuando los pacientes se sienten degradados por la forma desatenta con que son tratados por el personal sanitario debido a su pobre condición social o económica.

Pero no solo se trata de no afectar negativamente la dignidad de los pacientes, sino de *promoverla activamente*. Algunos estudios empíricos han identificado con gran precisión varias formas concretas en las que los pacientes sienten que su dignidad se ve reforzada gracias al comportamiento de los profesionales de la salud¹⁶. Como elementos de tales comportamientos se mencionan, entre otros: la “presencia” (hacer compañía); la “discreción” (disimular los indicadores más embarazosos de la enfermedad); la “independencia” (facilitar, en la medida de lo posible, la autosuficiencia del paciente); la “nivelación” (minimizar la asimetría entre pacientes y personal sanitario); la “creatividad” (permitir a los pacientes realizar o compartir actividades artísticas); la “cortesía” (demostrar respeto común); y la “autenticidad” (respetar la individualidad y personalidad de cada paciente).

Otros estudios llegan a conclusiones similares y afirman que la consideración de la dignidad de los pacientes es fundamental para una adecuada atención sanitaria. Se sostiene, entre otras cosas, que el “confort emocional” del paciente puede incluso contribuir a su recuperación¹⁷. Una serie de temas clave que también ayudan a reforzar la dignidad de los pacientes son el respeto de la vida privada y de la confidencialidad; la comunicación y la necesidad de información; la participación del paciente en las decisiones sanitarias; el respeto y decencia con que son tratados los pacientes. También se destaca la naturaleza multifactorial de la dignidad del paciente en el sentido de que incluye elementos muy heterogéneos tales como sentimientos (confort, sentirse valorado), su aspecto físico y el comportamiento del personal sanitario.

¹⁶ NORA JACOBSON, «A taxonomy of dignity: a grounded theory study», *BMC International Health and Human Rights*, vol. 9, n.º 3, 2009, pp. 1-9.

¹⁷ MILIKA MATITI y GILLIAN TROREY, «Patients' expectations of the maintenance of their dignity», *Journal of Clinical Nursing*, vol. 17, 2008, p. 2709; LESLEY BAILLIE, «Patient dignity in an acute hospital setting: A case study», *International Journal of Nursing Studies*, vol. 46, n.º 1, 2009, p. 23.

El psiquiatra canadiense HARVEY CHOCHINOV sostiene que el concepto de dignidad ofrece un marco general que guía al médico, al paciente y a los familiares de éste en la determinación de los objetivos y modalidades de intervención médica. Sobre esta base, el autor propone un nuevo modelo de atención a aquellos pacientes que se encuentran en una fase terminal: el “modelo sanitario de conservación de la dignidad” (*dignity-conserving care model*)¹⁸. Este modelo incluye tres grandes áreas de influencia de las percepciones individuales de la dignidad: a) las preocupaciones relacionadas con la enfermedad, es decir, aquellas que resultan directamente de la enfermedad; b) el repertorio de medidas para la conservación de la dignidad, es decir, aquellos factores psicológicos y espirituales que influyen en el sentido de dignidad de los pacientes; y c) el inventario de dignidad social, es decir, los temas sociales o relacionales que mejoran o, al contrario, vulneran el sentido de dignidad del paciente.

6. Conclusión

La noción de dignidad humana es el principio jurídico fundacional de los sistemas jurídicos modernos y es reconocido por el derecho internacional como la fuente de los derechos humanos. En materia de bioética, el principio de dignidad juega dos roles diversos y complementarios: uno, como principio general de carácter jurídico-político, que sirve de fundamento último y de guía de las normas jurídicas relativas a la biomedicina; otro, como estándar moral del trato debido al paciente y que está llamado a operar de modo muy concreto en la relación paciente-profesional de la salud.

La dignidad como principio general reitera la idea, ya presente en el derecho internacional de los derechos humanos, según la cual cada ser humano posee un valor inherente. Este recurso a la dignidad humana no tiene por objeto dar una respuesta a los complejos dilemas bioéticos. Mucho más modestamente, aspira a dejar en claro cuál es el valor último en el que se apoyan las normas legales en materia biomédica y el ideal que las mueve. Por ello, la referencia a la dignidad humana se combina con el recurso a una amplia gama de derechos humanos, que brindan una manera más efectiva y práctica de resolver las cuestiones de bioética.

¹⁸ HARVEY CHOCHINOV, «Dignity-Conserving Care. A New Model for Palliative Care», *Journal of the American Medical Association (JAMA)*, vol. 287, n.º 17, 2002, p. 2253; *idem*, «Dignity and the essence of medicine: the A, B, C, and D of dignity conserving care», *British Medical Journal*, 335, 2007, p. 184.

La dignidad como estándar moral de la atención sanitaria refleja una visión concreta del paciente como “persona” y del trato que, como tal, se merece. Opera primordialmente en el ámbito de la interacción entre pacientes y profesionales de la salud. La importancia de la dignidad en este contexto resulta de la especial vulnerabilidad que suele afectar a los pacientes. Este estándar exige de médicos, enfermeras y personal hospitalario la realización de todos los esfuerzos conducentes a promover activamente la dignidad de los pacientes y a evitar todas las conductas que puedan afectar su autoestima.

En fin, si quisiéramos resumir en pocas palabras lo que significa la dignidad humana en el ámbito médico, podríamos afirmar que *la medicina está para servir a las personas, y no las personas para servir a la medicina.*

O estabelecimento da filiação de criança nascida com recurso a contratos de gestação de substituição – reflexões à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril *

Rute Teixeira Pedro

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica*

“A chain is only as strong as its weakest link”

Resumo: A definição dos critérios em que deve basear-se a constituição do vínculo jurídico da filiação das crianças nascidas na sequência do recurso à gestão de substituição é uma tarefa particularmente complexa. Como decorrência da afirmação, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, da possibilidade de revogação, por parte da gestante, do seu consentimento até um momento posterior ao do nascimento da criança, inviabiliza-se o acolhimento de uma regra que dite a definição *ex ante*, a favor dos beneficiários, da parentalidade da criança nascida na sequência de uma gestação de substituição. No presente trabalho, depois de se considerar o regime consagrado no art. 8.º, n.º 7, da Lei da Procriação Medicamente Assistida, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e de se considerar o teor da referida decisão no que respeita à questão do estabelecimento da filiação, refletiremos, em particular, sobre os critérios que devem presidir à definição da parentalidade de uma criança nascida através da gestação de substituição, considerando em particular a situação de haver, em relação a ela, um concurso positivo de projetos parentais por parte da gestante e dos beneficiários.

Palavras-chave: Gestação de substituição; maternidade; filiação; superior interesse da criança.

* Este texto serviu de base à apresentação feita, no dia 23 de novembro de 2018, na “I Conferência Internacional de Direito e Bioética. Novas Questões do Direito da Saúde”, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

1. A gestação de substituição e a complexidade da definição dos critérios em que deve basear-se a constituição do vínculo jurídico da filiação

A gestação de substituição coloca desafios de monta à definição dos critérios em que deve basear-se a constituição do vínculo jurídico da filiação. Põe, particularmente, em crise a exatidão da afirmação que se encerra no brocardo latino que proclama que “*mater semper certa est*”¹.

Na verdade, a assunção do compromisso – contratual, no figurino legal adotado pelo legislador português em 2016, a que nos referiremos, ainda que brevemente, na próxima secção – por parte de uma mulher de *suportar* a gestação no seu útero de um novo ser por conta de outra(s) pessoa(s), a quem aquela se vincula a entregar a criança após o parto, importa, no mínimo, a dissociação entre realidades que, em regra, se encontram reunidas numa mesma mulher – o de ser a gestante/parturiente da criança, o de ser a pessoa cujos gâmetas femininos são usados na geração da mesma e o de ser a pessoa que assumiu a concretização de um projeto parental relativamente a tal criança – e que caucionam a bondade do critério biológico em que tradicionalmente se vem baseando o estabelecimento da maternidade. Na verdade, segundo a previsão normativa do n.º 1 do art. 1796.º do Código Civil², relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento. Assim, a maternidade estabelece-se em relação à parturiente, sendo, aliás, quando a maternidade é estabelecida por decisão judicial, demandado ao Autor – que será o filho – que demonstre, para ser bem-sucedido na sua pretensão, que “nasceu da pretensa mãe” (art. 1816.º do CC)³. Ora, na raiz do fenómeno da maternidade de substituição, encontra-se,

¹ Quando haja recurso a gâmetas masculinos de dadores, também comportará um desvio ao critério que subjaz ao regime jurídico do estabelecimento da paternidade e que, no que respeita às regras consagradas no Código Civil, ainda se reconduz à denominada verdade biológica, traduzida na proveniência do material genético que é utilizado na geração da criança. Sabemos que o regime jurídico vigente, mesmo no que respeita ao estabelecimento da paternidade de crianças geradas através da prática de relações sexuais, já consentia muitos desvios ao princípio do biologismo. Sobre o princípio do biologismo e as exceções ao mesmo, *vide* PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Vol. II – Direito da Filiação, T. I Estabelecimento da filiação. Adoção*, Coimbra Editora, 2006, pp. 52 e ss., e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, 5.ª ed., Almedina, 2016, pp. 98 e ss.

² Doravante também referido através da utilização da sigla CC. Sobre a problemática da determinação da filiação em caso de recurso à Procriação Medicamente Assistida, veja-se FRANCISCO MANUEL FONSECA DE AGUILAR, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2000, pp. 655 e ss.

³ Para o que bastará, então, que prove o parto, a identidade da parturiente (que deverá ser a investigada) e da criança (que deverá ser o filho investigante) que nasceu desse parto.

portanto, necessariamente, a circunstância de a ligação biológica (da gestante parturiente) andar desacompanhada (pelo menos *ab initio*) da vontade parental (que radicará noutra mulher⁴) relativamente à criança que virá a nascer.

Podem acrescer outros fenómenos de dissociação, nomeadamente quando há recurso ao material genético de uma terceira⁵ mulher, que não é, portanto, nem a que suporta a gestação e dá à luz a criança⁶, nem aquela que tem a vontade de se tornar mãe da criança. Tal acontecerá quando os gâmetas femininos utilizados na geração do novo ser provenham de dadores, possibilidade admitida, entre nós, nos termos do art. 10.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, no âmbito da procriação medicamente assistida, mesmo que não haja uma situação de gestação de substituição⁷.

⁴ Ou noutras mulheres, se se admitir que essa possibilidade se estende a casais de beneficiárias compostos por duas mulheres. Nos termos do art. 6.º da Lei de Procriação Medicamente Assistida (usaremos essa expressão para denominar a Lei n.º 32/2016, de 26 de julho), com a formulação introduzida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, “podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”. Exige-se, para o efeito, somente que tenham, pelo menos, 18 anos de idade e que, relativamente aos beneficiários, não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas. Na falta de uma norma especial sobre a legitimidade para recorrer à gestação de substituição, parece dever aplicar-se também aí o citado art. 6.º, conjugado com as exigências do art. 8.º da mesma lei, na versão introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. No entanto, no Decreto Regulamentar n.º 7/2016, de 29 de dezembro, que regula o acesso à gestação de substituição, há uma referência repetida ao “casal beneficiário” (art. 2.º, n.ºs 1, 2, als. a), b) e c), e 9, e art. 3.º, n.º 3, als. f) e k)) que contrata com a gestante, parecendo excluir-se o recurso à gestação de substituição por uma mulher singular, mesmo que, quanto a ela, se verifiquem os requisitos do art. 8.º, n.º 2, reformado pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Apesar de no art. 2.º, n.º 2, al. c), do Decreto Regulamentar citado se fazer referência à “mulher elemento do casal beneficiário”, esta fórmula não parece importar, necessariamente, a exclusão dos casais formados por mulheres. No sentido de que se abrangem os casais formados por homem e mulher e por duas mulheres, veja-se a “Deliberação 20-II, de 20 de outubro de 2017” do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Sobre a questão de saber se “todos os «beneficiários» referidos no artigo 6.º, n.º 1, da LPMA são igualmente «beneficiários» para efeitos do disposto no artigo 8.º e preceitos com ele conexos”, o Tribunal Constitucional (TC), no Acórdão (Ac.) n.º 225/2018, de 24 de abril, não toma posição. *Diário da República* (doravante DR), 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1896.

⁵ Já para não falar da situação de procriação trigâmica e da utilização do material genético de várias mulheres e em que, por isso, a questão da definição da parentalidade ganha um nível superior de complexidade. Sobre este fenómeno em que se usa a terapia de substituição mitocondrial (“*mitochondrial replacement therapy*”, conhecida pela sigla MRT), DANIEL GREEN, «Assessing Parental Rights for Children with Genetic Material from three Parts», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 19, 2018, pp. 251 e ss.

⁶ No modelo português de gestação de substituição, essa possibilidade é, aliás, excluída, como veremos.

⁷ A gestação de substituição admitida entre nós pressupõe sempre o recurso a uma técnica de procriação medicamente assistida. Excluem-se, portanto, os casos da denominada gestação de substi-

Nesta hipótese, o liame genético apresenta-se desagregado da ligação biológica⁸ e do fundamento volitivo que, como vimos, já de si, andarão necessariamente descompassados.

Ora é este desalinhamento subjetivo (por respeitar a pessoas diversas) entre os 3 critérios – que correspondem a outras tantas verdades: a biológica, a genética e a intencional ou volitiva⁹ –, que vêm sendo avançados como possíveis fundamentos para a afirmação de um vínculo jurídico de filiação¹⁰, que se apresenta como causa da especial dificuldade encontrada nessa matéria no concreto âmbito da gestação de substituição. No entanto, o verdadeiro problema radica no facto de a assinalada dissociação pôr a nu a especial dificuldade em aferir e afirmar a verificação daquele que é o critério que deve orientar o estabelecimento da filiação – e que, na verdade, sempre foi chamado a iluminar o regime jurídico correspondente¹¹. Fala-

tuição tradicional, por, nesse caso, a geração da criança ocorrer através da prática de relações sexuais. Também aí existirão problemas advenientes de haver uma dissociação entre a mulher que é a gestante, que fornece o material genético e dá à luz a criança, e a mulher que tem a intenção de ser mãe.

⁸ Esta afirmação vem sendo posta em causa, já que se vem sustentando que a gestação cria entre a gestante e a criança uma ligação de natureza epigenética que não pode ser ignorada. Voltaremos a esse ponto *infra*. Na verdade, com a substituição gestacional, o critério biológico encontra-se “fraturado” (“*fractured*”), na medida em que “*the biological raw materials of genetics and the biological process of gestation*” se apresentam separados. SHOSHANA L. GILLERS, «A labor theory of legal Parenthood», *The Yale Law Journal*, Vol. 110, 2001, p. 693.

⁹ Sobre estas múltiplas verdades, *vide* GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critérios Jurídicos da Parentalidade», in GUILHERME DE OLIVEIRA (editor), *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 271 e ss., em especial. pp. 278 e ss.; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, *cit.*, pp. 98 e ss.; CARLA PATRÍCIA PEREIRA OLIVEIRA, *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afetos: o conhecimento das origens biológicas*, Coimbra Editora, 2011, pp. 57 e ss.; KATARINA TRIMMINGS e PAUL BEAUMONT, «Parentage and surrogacy in a European Perspective», in JENS SCHERPE (editor), *European Family Law, Vol. III Family Law in a European Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 238 a 249 (especificamente na sua aplicação à gestação de substituição); GABRIELE BRITZ, «Biological and social Parenthood», in KATHARINA BOELE-WOELKI, NINA DETHLOFF e WERNER GEPHART (editores), *Family Law and Culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2014, pp. 169 e ss., e AAVV, *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, INGBORG SCHWENZER (editora), Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007.

¹⁰ As verdades genética e intencional digladiam-se com a verdade biológica, a ponto de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO dizer que “«*mãe há só três*». Temos de perguntar quem é a verdadeira mãe: a mãe de destino ou mãe social?, a mãe biológica?, a mãe (meramente) portadora?”. «Procriação Assistida e o Direito», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Almedina, 2000, p. 667.

¹¹ Sobre este ponto, *vide* GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critérios Jurídicos da Parentalidade», *cit.*, p. 301.

mos do superior interesse da criança: tão recorrentemente proclamado¹², mas de concretização tão dificilmente aferível.

E a afirmação que acabámos de fazer – por singela que se apresenta – põe em destaque a necessidade de recentrar o problema em análise, destacando que a resposta ao mesmo deve ser dada, tendo por referência a criança nascida com recurso a uma gestação de substituição e não os adultos que, no processo de geração, estão envolvidos¹³. É essa ideia que deve, portanto, iluminar a reflexão que fazemos a este propósito¹⁴. É também essa diretriz nuclear que, como veremos, se extrai do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril¹⁵.

¹² A proclamação do superior interesse da criança, como vetor que deve orientar a conformação do regime jurídico aplicável às crianças, encontra-se no art. 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos das Crianças. É abundante o recurso a esta fórmula, nomeadamente no regime jurídico aplicável à adoção (art. 1.º da Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, feita em Haia, a 29 de Maio de 1993; art. 1974.º, n.º 1, do Código Civil; e art. 3.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro).

¹³ Nas palavras de ERIN Y. HISANO “*If courts shift the focus from a maternal pecking order to the best interest standard, we can better assure that the most important piece of the puzzle is protected: the child*”. «Gestational Surrogacy Maternity Disputes: refocusing on the child», *Lewis & Clark Law Review*, 15, 2011, p. 553.

¹⁴ A aplicação do critério do “superior interesse da criança” não está isenta de críticas. ERIN Y. HISANO analisa duas objeções que lhe podem ser dirigidas: “*the inherent indeterminacy of the best interest standard*”, e o “*potential bias of the courts*”, já que a decisão do julgador estará impregnada pela sua perspetiva pessoal. «Gestational Surrogacy Maternity Disputes: refocusing on the child», *cit.*, pp. 546 a 548. Na verdade, aquele critério não é uma “panaceia” (p. 553). Não é a solução perfeita, até por não existirem soluções perfeitas (p. 546).

¹⁵ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, pp. 1925 e 1926, depois de ter considerado os dados extraídos da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (p. 1900). GUILHERME DE OLIVEIRA, em *Mãe há só uma duas! O contrato de gestação* (Argumentum 2, Coimbra Eidtora, 1995), lembrava, que “no nosso sistema jurídico, os juízos sobre o destino das crianças resultam sempre de uma ponderação concreta dos seus interesses, em face de todas as circunstâncias do caso”, para logo sublinhar que tal supunha que “as crianças já existam[tissem]”. *Cit.*, p. 57. Sublinhando a centralidade do superior interesse da criança na regulação da família parental e na definição das normas atinentes à filiação, JORGE DUARTE PINHEIRO, «Mãe portadora. A problemática da maternidade de substituição», in *Estudos de Direito da Bio-ética*, Vol. II, Almedina, 2008, p. 337, e também RITA LOBO XAVIER, «O impacto da retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual nas leis relativas à família», in HELENA MOTA e MARIA RAQUEL GUIMARÃES (coords.), *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no direito das Sucessões*, Almedina, 2016, pp. 841 e ss., em especial, pp. 853 e ss.

2. O modelo português da gestão de substituição e as regras sobre estabelecimento da filiação – as soluções previstas na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

Em 2016, o ordenamento jurídico português abandonou o grupo de ordenamentos jurídicos que expressamente rejeita(va)m a possibilidade de recurso à gestão de substituição¹⁶. Nessa ocasião, deu-se a rutura com o entendimento que até então era acolhido, entre nós, e que se encontrava plasmado na versão original do art. 8 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho¹⁷, segundo a qual os negócios jurídicos que versassem sobre a matéria eram nulos, não produzindo o efeito pretendido, por se determinar – no que se entendia ser uma aplicação da regra geral do art. 1796.º do CC¹⁸ – que a mulher que suportasse a gravidez por conta de outrem seria havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer¹⁹.

Num período temporal em que se operou uma reforma mais alargada do regime jurídico da procriação medicamente assistida²⁰, a Lei n.º 25/2016, de 22 de

¹⁶ No momento presente, ainda integram esse grupo, entre outros, os ordenamentos jurídicos alemão, francês, espanhol e italiano. Para uma visão panorâmica das diversas perspetivas da gestão de substituição nos ordenamentos europeus, *vide* KATARINA TRIMMINGS e PAUL BEAUMONT, «Parentage and surrogacy in a European Perspective», *cit.*, pp. 249 a 260. Veja-se a obra sob o título *Eastern and Western Perspectives on surrogacy*, que será publicada pela editora Intersentia (ISBN: 9781780686523) no início de 2019, com contributos relativos a 21 ordenamentos jurídicos, tendo o capítulo relativo ao direito português sido escrito por nós.

¹⁷ Sobre a maternidade de substituição, em Portugal, antes da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, *vide* GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só ~~uma~~ duas!*, *cit.*; VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, 2005; TIAGO DUARTE, *In Vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, 2003, pp. 84 a 92. Sobre a necessidade da lei de procriação medicamente assistida, JORGE DUARTE PINHEIRO, «A necessidade da lei de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)», in *Estudos em honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, 2008, pp. 203 e ss., e sobre a problemática da maternidade de substituição à luz da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, do mesmo autor, «Mãe portadora. A problemática da maternidade de substituição», *cit.*, pp. 325 e ss.

¹⁸ A problemática da gestão de substituição desafia a regra tradicional vertida no art. 1796.º. Sobre o sentido desta norma em Portugal e as várias interpretações da mesma, *vide* FRANCISCO MANUEL FONSECA DE AGUILAR, «O princípio da dignidade da pessoa humana...», *cit.*, pp. 681 e ss.

¹⁹ Impunha-se, por isso, o “status” de mãe a quem podia não ter a vontade de o encabeçar e de assumir as funções a ele inerentes. Nessa medida, a versão original do n.º 3 do art. 8.º da Lei da procriação medicamente assistida funcionava ao arrepio do superior interesse da criança, no afã de condenar a prática, por desprezar os princípios de ordem pública em matéria de direito da família, ditando a nulidade do respetivo contrato (art. 280.º, n.º 1, do CC).

²⁰ Para além da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, de que se falará em texto, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, introduziu mudanças significativas na Lei da procriação medicamente assistida. Sobre o regime reformado, *vide* AAVV, *Debatendo a procriação medicamente assistida*, LUÍSA NETO e RUTE TEIXEIRA

agosto, veio reconhecer a admissibilidade de celebração válida, a título excecional, de contratos de gestação de substituição²¹. O legislador circunscreveu a concessão de tal possibilidade, prevendo a exigência da verificação cumulativa de um conjunto de requisitos, no que se encontrava plasmado aquilo que o Tribunal Constitucional veio apelidar como “modelo português de gestação de substituição”²².

Um tal modelo caracteriza-se, por um lado, pela natureza excecional da possibilidade de celebração do negócio de gestação de substituição que apenas se admite “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”, nos termos do art. 8.º, n.º 2, da Lei da Procriação Medicamente Assistida, doravante LPMA²³. À luz de uma ideia de subsidiariedade, o recurso à gestação

PEDRO (coords.), Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. No que respeita à conceção jurídica de parentalidade, apelidámos de revolucionárias as mudanças operadas por estas duas leis, *vide* o nosso «Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? – breves reflexões sobre o novo regime jurídico da Procriação Medicamente Assistida», na obra que acabámos de citar, pp. 149 a 167. Sobre a figura contratual, veja-se também MARIA RAQUEL GUIMARÃES, «O novíssimo contrato de gestação humana no direito português», in GIULIA CASTELLANI, ALESSANDRA CORDIANO, GIORGIA ANNA PARINI e MARTINA VIVIRITO PELLEGRINO (coords.), *Autonomia della famiglia e controlli. Prime riflessioni*, Napoli, ESI, 2017, pp. 33 e ss.

²¹ Assumiu, assim, uma posição “tolerante” relativamente à gestação de substituição, alinhando com as soluções jurídicas que se encontram vigentes na Grécia, à luz da Lei n.º 3089/2002, alterada pela Lei n.º 4272/2014, e em Chipre, nos termos da Lei n.º 69(I)/2015, alterada pelas Leis n.ºs 194(I)/2015 e 92(I)/2016). Sobre o regime grego, com observações sobre o direito cipriota, vejam-se os seguintes quatro trabalhos de ELENI ZERVOGIANNI, «Surrogacy in Greece», in *Eastern and Western Perspectives on surrogacy, cit.*, no prelo; «Regulating Surrogacy: chances and pitfalls», *Pro Justitia*, 2018, acessível in <https://ejournals.lib.auth.gr/projustitia/article/view/6652>; «The changing concept of “family” and challenges for family law in Greece», in JENS SCHERPE (editor), *European Family Law, Vol. II The changing concept of “family” and challenges for domestic family law*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 96 a 98; «Künstliche Fortpflanzung im griechischen Recht», in *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2015, pp. 205 e ss.

²² Nas palavras do Tribunal Constitucional, o “perfil da gestação de substituição lícita no ordenamento português, enquanto instituto jurídico ou figura jurídica *a se*” pode caracterizar-se sinteticamente pelos seguintes traços: a gestação de substituição “reveste carácter *subsidiário* e excecional, assume uma *natureza meramente gestacional*, pressupõe o *consentimento autónomo* dos interessados destinado a garantir a sua voluntariedade e tem de ser formalizada por via de um *contrato a título gratuito*, previamente autorizado, encontrando-se tal competência autorizativa atribuída ao CNPMA”. DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1898. Os itálicos estão no original.

²³ Doravante usaremos a abreviatura LPMA para nos referirmos à Lei n.º 32/2016, de 26 de julho, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e, finalmente, pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho. Acresce que, quando citarmos algum artigo sem referência ao diploma a que pertence, deve entender-se que integra a mesma versão de tal lei.

de substituição não constitui alternativa à gestação em ventre da mãe (de intenção)²⁴. Outra nota caracterizadora do modelo radica na necessária gratuidade do negócio jurídico que lhe subjaz: rejeitando-se a possibilidade de celebração de contratos onerosos desta espécie, proscreve-se qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia pelos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança²⁵. Procura, assim, impedir-se a mercantilização deste fenómeno.

Outra marca distintiva do regime é a de se impor o necessário recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos elementos do casal de beneficiários e de se excluir a possibilidade de a gestante ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante (n.º 3 do art. 8.º da LPMA). Trata-se de duas regras de muito relevo no que respeita à questão do estabelecimento da filiação e que estão alinhadas com a opção feita na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, de definição *ex ante* da filiação da criança que venha a nascer através da gestação de substituição²⁶.

No figurino legal desenhado em 2016, o legislador curava, com particular afínco, de promover a seriedade e esclarecimento na formação e na emissão das declarações negociais formativas do contrato, de fomentar a ponderação da gravidade dos efeitos que dele emergem e, em especial, de garantir a liberdade do consentimento da gestante. Nesse sentido, depunha a previsão de requisitos formais (art. 8.º, n.º 10), a exigência de a manifestação do consentimento observar o disposto no art. 14.º da LPMA, mas também a exclusão da possibilidade de celebração de contrato entre as partes, quando a gestante se encontrasse numa relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, em relação à contraparte (art. 8.º, n.º 6, da LPMA). Acresce que se demandava um controlo heterónimo por parte de autoridades públicas sobre a vontade de

²⁴ Na Grécia e em Chipre, também se acolhe a ideia de subsidiariedade, exigindo-se a existência de razões médicas para que a gestação de substituição seja admissível. Em nenhum dos dois ordenamentos são densificadas pela lei as “razões médicas” que têm de estar na base do recurso a esta prática. ELENÍ ZERVOGIANNI, «Regulating Surrogacy...», *cit.*, pp. 10 e 11, «Künstliche Fortpflanzung...», *cit.*, p. 217.

²⁵ Nos termos do n.º 5 do art. 8.º da LPMA, admite-se o pagamento do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo as relacionadas com transportes, desde que essas despesas se encontrem devidamente tituladas em documento próprio. Na Grécia e em Chipre, a gestante pode ser compensada também pela perda de rendimento (lucros cessantes) durante a gravidez e nas primeiras semanas após o parto e, no caso da Grécia, a compensação pode abranger a perda de rendimento potencial, se a gestante se encontra desempregada. Na Grécia, a Autoridade Nacional da Procriação Medicamente Assistida fixou em 10.000 € o montante máximo da compensação. «Regulating Surrogacy...», *cit.*, pp. 7 e 8.

²⁶ Neste sentido, ELENÍ ZERVOGIANNI, «Regulating Surrogacy...», *cit.*, p. 9.

realização do contrato de gestação, exigindo-se a autorização prévia do Conselho Nacional de PMA antecedida de audição da Ordem dos Médicos, segundo o n.º 4 do art. 8.º da LPMA²⁷.

Devidamente delimitada a possibilidade de recurso à gestação de substituição, a lei, no n.º 7 do art. 8.º da LPMA, numa singela regra, *despachava* o problema do estabelecimento da filiação da criança que através dela nascesse. Sem quaisquer precisões ou distinções adicionais – sem cogitar, por exemplo, as hipóteses de invalidade do contrato em que assentava a gestação de substituição²⁸ –, ditava que a criança seria tida como filha dos dois elementos do casal de beneficiários.

Esta regra estava alinhada com o regime jurídico previsto no art. 20.º da LPMA quanto à determinação da parentalidade em caso de recurso à PMA²⁹ e que assenta na atribuição de relevância à verdade volitiva ou intencional que subjaz ao uso das técnicas médicas para promover a geração de uma pessoa. Dá-se, então, protagonismo à vontade dirigida ao objetivo de dar concretização ao processo parental voluntariamente traçado e concretizado com o auxílio de uma técnica médica de assistência à procriação – vontade esclarecida e exteriorizada nos termos do art. 14.º da LPMA. Na verdade, à luz da regra do art. 20.º, n.º 1, a criança nascida através do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida é juridicamente considerada como filha daqueles que prestem consentimento nos termos do art. 14.º da LPMA, i.e., dos beneficiários dessas técnicas.

Não se reconhecia a possibilidade de que uma outra verdade de intenção surgisse *a posteriori*, nomeadamente por a gestante decidir revogar o consentimento e se desvincular do compromisso assumido aquando da celebração do contrato de gestação de substituição. À luz da máxima de que “*pacta sunt servanda*”, não se re-

²⁷ Na Grécia e em Chipre, existe também um procedimento de controlo prévio à celebração do contrato com intervenção necessária de um Tribunal. ELENI ZERVOGIANNI, «Regulating Surrogacy...», *cit.*, pp. 18 e 19 e «Künstliche Fortpflanzung...», *cit.*, p. 220.

²⁸ Sobre esta hipótese e sobre o regime que, nesse caso, se deveria aplicar, *vide* o nosso «Uma revolução...», *cit.*, pp. 165 e 166. Na linha do que fica dito na primeira secção deste trabalho, pronunciávamo-nos no sentido que o “superior interesse da criança” deveria ser chamado a iluminar a resposta. E no caso (em que, sublinhe-se, não se cogitava a hipótese de a gestante revogar o consentimento prestado e manifestar vontade de assumir o projeto parental, atenta a aplicação à gestante do art. 14.º, n.º 4, da LPMA), julgávamos que “a verdade intencional prevalecerá em abono do bem da pessoa que deverá nortear as soluções jurídicas neste âmbito: a criança”, entendendo que os beneficiários deveriam ser havidos como progenitores da criança.

²⁹ Sobre o estabelecimento da filiação em caso de recurso à PMA, *vide* JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, *cit.*, pp. 198 e ss. Vejam-se também as observações sobre o assunto de RITA LOBO XAVIER, *Ensinar Direito da Família*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2008, pp. 95 a 99.

conhecia à gestante, depois do início dos processos terapêuticos de PMA, a possibilidade de reponderar a sua vontade e revogar o seu consentimento (art. 14.º, n.º 4, *ex vi* do n.º 5 do mesmo artigo da LPMA).

O critério em que assentava o estabelecimento da filiação era uno – o da intenção de concretizar um projeto parental –, definido de modo apriorístico – à luz do contrato celebrado – e sem possibilidade de ser derogado. Em homenagem à verdade de intenção, apenas se admitia que se impugnasse a parentalidade estabelecida, se se demonstrasse a ausência de manifestação de consentimento para o processo de que havia nascido a criança (art. 20.º, n.º 4, da LPMA).

Não se contemplavam outras vicissitudes que podiam surgir no decurso do processo de gestação – nem da parte dos beneficiários, nem da gestante –, não se dando, aliás, abertura a que pudessem relevar juridicamente. Os efeitos do contrato pareciam produzir-se, independentemente das alterações supervenientes exógenas e endógenas, de natureza externa ou interna. Não se contemplavam também as hipóteses de o contrato ser inválido, nem por violação das exigências previstas no art. 8.º da LPMA (o que importaria a nulidade do mesmo, segundo o art. 8.º, n.º 12, da LPMA), nem por desrespeito de outras normas, nomeadamente normas gerais aplicáveis aos negócios jurídicos (o que poderia importar a verificação de invalidades de outra espécie, nomeadamente a anulabilidade)³⁰. Perante a falta de uma consideração expressa de cenários em que a gestação de substituição se processava em desvio das exigências legais, discutia-se a quem deveria ser atribuída, nessas hipóteses, a parentalidade da criança assim nascida. Aventava-se que, à luz do superior interesse da criança³¹, sempre que uma criança nascesse através do recurso à gestação de substituição, se aplicasse a norma do n.º 7 do art. 8.º da LPMA³², em homenagem à verdade intencional que inspira o recurso à gestação de substituição.

Uma vez nascida a criança, poderia fazer-se inscrever diretamente – sem necessidade de qualquer ato jurídico adicional – no registo essa parentalidade, bas-

³⁰ Pense-se no caso de o consentimento padecer de algum vício de vontade, ou de haver divergência entre a declaração e a vontade. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, «“Subitamente, no verão passado”: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento», in *Debatendo a procriação medicamente assistida*, *cit.*, pp. 123 e 124.

³¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Uma revolução...», *cit.*, p. 166. Nesse sentido se pronunciou o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) na declaração interpretativa sobre o assunto, datado de setembro de 2016.

³² Em harmonia com a opção contratual feita pelo nosso legislador, havia quem se pronunciasse no sentido de ser aplicadas as regras jurídicas previstas para as invalidades negociais. Assim, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, «“Subitamente, no verão passado”...», *cit.*, pp. 122 e ss.

tando para o efeito a demonstração da vontade manifestada pelos beneficiários. Inexistia a necessidade de uma (re)apreciação sobre a questão ou de uma indagação atualizada sobre se este efeito jurídico servia o interesse da criança. Não se previa, portanto, nenhum mecanismo específico para a transferência da parentalidade, pois ela, *ex vi* da lei, dada a celebração do contrato, seria atribuída aos beneficiários³³. Importava apenas fazer inscrevê-la no registo (art. 1.º, n.º 1, al. a), do Código de Registo Civil) para que fosse invocável e oponível a terceiros (art. 2.º do mesmo Código). Esta automaticidade³⁴ seria caucionada pelos cuidados colocados no processo anterior e concomitante à celebração do contrato de gestação de substituição. Para o acerto da solução, deporia também a necessária ligação genética da criança a pelo menos uma das pessoas que seriam qualificadas juridicamente como seu pai/mãe. No mesmo sentido, abonava a inexistência de ligação genética³⁵ com a gestante³⁶.

A aplicação automática desta solução assente num critério monolítico e imobilizado não passou incólume no juízo proferido pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril³⁷.

³³ Os ordenamentos jurídicos da Grécia e de Chipre acolhem soluções idênticas. Partem do paradigma contratual, aceitando que o contrato é vinculativo quando se reúna um conjunto de requisitos previstos na lei e mediante intervenção prévia de uma autoridade judicial. O estabelecimento da filiação dá-se em relação aos beneficiários, desde o momento do nascimento e sem necessidade de qualquer ato jurídico posterior ao nascimento que seja constitutivo do vínculo de filiação. Nesses ordenamentos, também está proibida a utilização de material genético da gestante. ELENI ZERVOGIANNI, «Regulating Surrogacy...», *cit.*, pp. 20 e 21, e «Künstliche Fortplanzung...», *cit.*, pp. 221 e 222.

³⁴ No sentido de inexistir qualquer mecanismo específico de controlo que travesse esse efeito.

³⁵ Quando usamos a expressão “inexistência de ligação genética”, referimo-nos à proibição de que ela seja dadora de material genético para a geração da criança. Hoje, sabe-se que existe uma influência epigenética. Nesse sentido, veja-se o Ac. do TC n.º 225/2018, de 24 de abril. DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1925.

³⁶ Note-se que, na Grécia e em Chipre, o legislador teve o cuidado de destacar a situação de, em violação da lei, ser utilizado óvulo da gestante na geração da criança, permitindo-se, nesse caso, a impugnação da maternidade da mulher beneficiária nos 6 meses subsequentes ao nascimento da criança. Nesse caso, restará a hipótese de adoção pelos pais de intenção. ELENI ZERVOGIANNI, «Regulating Surrogacy...», *cit.*, pp. 9 e 21, e «Künstliche Fortplanzung...», *cit.*, p. 222.

³⁷ Publicado no Diário da República, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, pp. 1885 e ss. Também se encontra disponível no site do Tribunal no endereço de internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. As citações que já fizemos e que iremos fazer do texto do acórdão serão identificadas com a indicação da(s) página(s) em que as mesmas se encontram localizadas no Diário da República, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018.

3. A declaração da inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, e o estabelecimento da filiação das crianças nascidas com recurso à gestação de substituição

A 24 de abril de 2018, menos de nove meses depois da entrada em vigor do regime jurídico da gestação de substituição³⁸, o Tribunal Constitucional veio proferir um acórdão, através do qual declarou inconstitucionais, com força obrigatória e geral, muitas das normas que eram aplicáveis à gestação de substituição³⁹. Na verdade, apesar de reconhecer que o “modelo português”⁴⁰, *per se*, não é incompatível, “em princípio”, com a Constituição da República Portuguesa⁴¹ e de afirmar mesmo que a “permissão a título excepcional da gestação de substituição nos termos do art. 8.º da LPMA corresponde a uma opção do legislador” *não arbitrária e favorecedora* de bens constitucionalmente protegidos, o Tribunal Constitucional entendeu que certas soluções acolhidas na lei mereciam um juízo de desconformidade em relação à Constituição. Por isso, declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de 8 dos 12 números do art. 8.º da LPMA.

Atendendo à economia deste trabalho, não vamos debruçar-nos, transversalmente, sobre o teor deste extenso Acórdão. Centraremos apenas a nossa atenção, brevemente, no juízo de inconstitucionalidade que recaiu sobre a previsão – que resultava da aplicação conjugada dos n.ºs 4 e 5 do art. 14.º da LPMA – da irrevogabilidade do consentimento da gestante após o início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida. Era precisamente à luz dessa irrevogabilidade que se havia construído o regime aplicável à definição do critério de estabelecimento da filiação, nos termos referidos na secção anterior.

³⁸ O art. 3.º da lei previa a necessidade de o governo aprovar, no prazo máximo de 120 dias após a publicação da lei, a respetiva regulamentação, determinando que o regime do art. 8.º entraria em vigor na data de início de vigência do diploma regulamentador. À luz do art. 8.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 22 de agosto, o regime jurídico da gestação de substituição entrou em vigor a 1 de agosto de 2017.

³⁹ O Ac. do TC foi proferido na sequência do pedido apresentado por um grupo de 30 Deputados à Assembleia da República que requereu a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, entre outros preceitos, do art. 8.º da LPMA, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, “por violação do princípio da dignidade da pessoa humana [artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição], do dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)”. DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1885.

⁴⁰ Veja-se *supra* na nota 22.

⁴¹ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1919.

Ora, a gestante deve prestar o seu consentimento de modo esclarecido⁴², antes ou em concomitância da celebração do contrato de gestação de substituição. Para o efeito, o consentimento é prestado perante um profissional médico (art. 14.º, n.º 1, da LPMA), após a gestante ter sido esclarecida, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, e das suas implicações éticas, sociais e jurídicas (art. 14.º, n.º 2, da LPMA), por um lado, e também do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (art. 14.º, n.º 6, da LPMA)⁴³. Trata-se, pois, de uma manifestação de vontade que ocorre num momento anterior ao do início do processo terapêutico e, portanto, no caso da gestação de substituição, com anterioridade em relação ao início da gravidez. Esta consubstancia um processo que, prolongando-se no tempo durante vários meses, importa repercussões várias e significativas na mulher grávida⁴⁴, que se vão desenvolvendo dinamicamente, variando de mulher para mulher (é um processo singular) e sendo, em larga medida, imprevisíveis. Estas características da gravidez inviabilizam a prestação *ab initio* de informações suficientemente abrangentes e adequadas, que permitam esclarecer cabalmente a gestante⁴⁵ e, conseqüentemente, assegurar que o seu consentimento é prestado livremente⁴⁶.

As assinaladas características da gravidez potenciam não só a verificação de uma alteração superveniente das circunstâncias em que as partes basearam a sua decisão de contratar, mas também a ocorrência de uma modificação do juízo

⁴² Para além dos aspetos que ressaltamos agora em texto, cumpre recordar que o consentimento tem de ser exteriorizado expressamente por escrito de modo livre. Sobre o consentimento dos intervenientes, *vide* MARIA RAQUEL GUIMARÃES, «As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/20181», *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, 44, 2018, pp. 189 e ss.

⁴³ Nos termos do n.º 3 do art. 14.º da LPMA, estas informações devem constar do documento aprovado pelo CNPMA e através do qual é prestado o consentimento.

⁴⁴ Procurando atenuar as dificuldades de um esclarecimento suficiente da gestante sobre a gravidez, no ordenamento jurídico grego, exige-se que a gestante já tenha tido filhos. ELENI ZERVOGIANNI, «Regulating Surrogacy...», *cit.*, p. 12.

⁴⁵ Na verdade, “não sendo possível antecipar e prever o que vai ocorrer nas várias fases, desde a implantação do embrião até à entrega da criança, pode duvidar-se da existência de um consentimento suficientemente informado e, como tal, adotado com plena consciência de todas as possíveis conseqüências”. DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1922.

⁴⁶ Como afirma o Tribunal Constitucional, “inexistindo um esclarecimento suficiente, a escolha realizada também não poderá considerar-se verdadeiramente livre. Em tais condições, caso a gestante se venha a opor à execução do contrato de gestação de substituição, é de concluir que uma eventual execução forçada do mesmo, ou uma penalização pecuniária pelo seu incumprimento devem ser consideradas, como uma afetação *não realmente consentida* da sua personalidade”. DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1922. Os itálicos estão no original.

subjetivo que sobre essas circunstâncias a gestante vai fazendo. Pode, por isso, ocorrer que a gestante repondere a sua participação no processo de “colaboração reprodutiva”⁴⁷, desaparecendo o suporte volitivo em que se baseava a sua contribuição para a concretização do projeto parental dos beneficiários⁴⁸. Em tal caso, deixando de corresponder à vontade da gestante o cumprimento das obrigações por ela assumidas ao celebrar o contrato de gestação de substituição, é de rejeitar a imposição coativa, direta (forçando a entrega da criança) ou indiretamente (impondo o pagamento de indemnizações), do programa contratual, como sublinha o Tribunal Constitucional. Na verdade, atenta “a natureza pessoalíssima” daquelas obrigações, “as mesmas só são compatíveis com a dignidade da gestante, na medida em que o seu cumprimento corresponda a uma atuação por si voluntariamente assumida”⁴⁹. Deve, por isso, ser reconhecido um amplo *ius variandi*, à luz do qual se reconheça à gestante a faculdade de desvinculação unilateral em relação ao contratado⁵⁰.

Tendo em consideração estes aspetos, o Tribunal Constitucional, no citado Acórdão, entende que pode “questionar-se até que ponto é que um consentimento prestado ainda antes da gravidez, relativamente a todo o processo da gestação de substituição, desde a implantação do embrião até ao parto e, mesmo depois, até à entrega da criança aos beneficiários, é verdadeiramente informado quanto à totalidade desse mesmo processo”⁵¹. Afirma, por isso, que “a aceitação do contrato de gestação de substituição por parte da gestante não garante necessariamente a continuidade do seu consentimento por todo o tempo da execução do contrato”⁵². Acrescenta, por isso, o mesmo Tribunal que, “atentas as aludidas características físicas, biológicas, psíquicas e potencialmente afetivas da gravidez e do parto, a revogabilidade do consentimento inicialmente prestado é a única garantia de que o cumprimento das obrigações específicas de cada fase daquele processo continua a ser voluntário e, por isso, a corresponder ao exercício de tal direito. A pura e simples

⁴⁷ A expressão é de GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma duas!*, cit., p. 13.

⁴⁸ Tal pode decorrer da formação, por parte da gestante, de uma vontade de concretizar um projeto parental seu com a criança que está a desenvolver-se no seu ventre e que conflitua com o projeto parental dos “beneficiários”. O Tribunal Constitucional destaca esta hipótese (DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1925). A ela voltaremos *infra*, no fim desta secção.

⁴⁹ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1921.

⁵⁰ Sobre a afirmação de um *ius variandi* que se afasta do disposto do art. 406.º do Código Civil e a necessidade de reconhecer faculdades de desvinculação unilateral em relação às convenções matrimoniais, vide o nosso *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Almedina, 2018, pp. 713 e ss.

⁵¹ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1922.

⁵² DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1921.

autovinculação antes do início do processo de gestação de substituição não permite acautelar suficientemente tal voluntariedade ao longo de todo o processo”⁵³. Acresce que o reconhecimento da possibilidade de revogação do consentimento por parte da gestante consubstancia “uma garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade” da mesma, que, por sua vez, representa “um alicerce fundamental do modelo português de gestação de substituição”⁵⁴. Nesta linha de raciocínio, “a revogação em causa também tem de ser livre, no sentido de excluir, pelo menos, qualquer indemnização”⁵⁵, só assim se assegurando a liberdade de consentimento que também é prosseguida pela previsão, no modelo português, das exigências de gratuitidade do contrato e de não subordinação económica da gestante em relação aos beneficiários.

O Tribunal Constitucional concluiu, portanto, no Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, que “a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito de constituir família (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição)”. Pelos mesmos motivos, o Tribunal Constitucional concluiu que o juízo de inconstitucionalidade se estendia, consequencialmente, ao n.º 7 do art. 8.º da mesma Lei. Esta norma, que previa que a criança que nascesse através do recurso à gestação de substituição seria sempre tida como filha dos respetivos beneficiários, estabelecia “um critério especial de filiação da criança nascida através do recurso à gestação de substituição no pressuposto de que a gestante prestou o seu consentimento livre e esclarecido a tal modo de procriação”⁵⁶, o que, como ficou anteriormente provado, não é assegurado.

À luz da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, fica posta de parte, de forma clara, a possibilidade de, no ordenamento jurídico português, ser acolhida – através da aprovação de uma nova lei sobre o assunto que supere os problemas colocados por “certas opções legislativas” do modelo português que, segundo o mesmo Tribunal, se encontravam maculadas de desconformidade à Constituição – uma regra de definição *ex ante* da filiação da criança que venha a

⁵³ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1923.

⁵⁴ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1923.

⁵⁵ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1923.

⁵⁶ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1926.

nascer mediante recurso ao contrato de gestação de substituição. Não pode, pois, subsistir um regime similar ao que vigora na Grécia ou em Chipre⁵⁷. Na verdade, reconhecendo-se à gestante o direito de revogação do seu consentimento até ao momento em que entrega a criança aos beneficiários, a definição da filiação da criança não pode acontecer antes desse momento, ficando dependente do exercício ou não daquele direito e conseqüentemente da não entrega (voluntária) aos beneficiários ou da concretização (voluntária) dessa entrega. A parentalidade da criança fica, então, dependente da vontade de um adulto, fica condicionada por um ato da gestante.

Na verdade, a filiação da criança só se estabelecerá em relação aos beneficiários, se a gestante, após o parto⁵⁸, mantiver a vontade de colaborar no projeto parental daqueles, entregando-lhes livremente a criança⁵⁹. Diversamente, se a gestante revogar o consentimento prestado, deverá aplicar-se o regime geral de estabelecimento da filiação previsto no Código Civil⁶⁰. Assim, mãe será aquela de cujo ventre

⁵⁷ Em favor do qual – por se definir mais cedo (*ex ante*) e com um grau elevado de certeza a parentalidade da criança – se chama, aliás, à colação a promoção do superior interesse da criança. ELENI ZERVOGIANNI, «Regulating Surrogacy...», *cit.*, p. 20.

⁵⁸ Resta saber em que momento a gestante deve manifestar essa vontade, nomeadamente se o pode fazer imediatamente depois do parto. O Tribunal Constitucional não se pronunciou sobre esta questão. No caso do direito inglês – que, como veremos na próxima secção, acolhe um modelo de atribuição *ex post* dos direitos parentais ao casal que celebra um acordo com uma mulher para que a mesma suporte a gravidez de uma criança em seu benefício –, exige-se que o consentimento da gestante não seja prestado antes de decorridas 6 semanas sobre o parto. Cumpre lembrar que, no âmbito da adoção em Portugal, se prevê, no n.º 3 do art. 1982.º do CC, que “a mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto”.

⁵⁹ O teor do Acórdão aponta nesse sentido, ainda que não densifique como tal se processará. A filiação estabelecer-se-ia em relação aos beneficiários através da entrega, sem necessidade de um qualquer outro ato jurídico, com base no consentimento prestado nos termos do art. 14.º da LPMA. Aceitando-se o contrato de substituição da gestação (contra cuja aceitação, *per se*, o Tribunal Constitucional não encontra qualquer motivo de inconstitucionalidade), no âmbito de um segmento normativo (a reformar) que se afaste do regime jurídico geral aplicável à filiação e que ainda se encontra no Código Civil Português (*vide* art. 1796.º), o estabelecimento da filiação a favor deles operar-se-á, uma vez nascida a criança, por lei com base no contrato de gestação sob condição de a gestante não revogar? Ou, pelo contrário, aplicar-se-á sempre, num primeiro momento, a regra geral, nomeadamente a de que a filiação se estabelece nos termos do art. 1796.º, em relação à gestante (e eventualmente ao seu marido por força do art. 1826.º, ou a terceiro que perfilhe a criança), havendo depois um mecanismo específico de transferência da parentalidade em caso de entrega da criança aos beneficiários? Parece-nos que este será um ponto que terá de ser densificado por lei.

⁶⁰ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1926. Não podendo aplicar-se a previsão normativa do art. 8.º, n.º 7, da LPMA nem invocar o contrato de gestação de substituição, em virtude da revogação do consentimento da gestante, poderia equacionar-se se os beneficiários não poderiam con-

a criança nasceu⁶¹, mesmo que dela não tenham procedido os gâmetas femininos utilizados para gerar aquele que será, juridicamente, seu filho(a)⁶² e mesmo que (por improvável que seja no cenário que ora consideramos) não tenha vontade de ser mãe⁶³.

Ainda que as razões que levam a gestante a revogar o consentimento possam ser múltiplas, reveste-se de grande verosimilhança a conclusão de que, na prática, a revogação ocorrerá precisamente porque a gestante *quer ser* mãe daquela criança. Na verdade, no âmbito da presente reflexão sobre o estabelecimento da filiação, cumpre destacar as situações em que a revogação do consentimento inicialmente prestado pela gestante se baseiam, precisamente, na formação, por parte da gestante, de uma vontade de concretizar um projeto parental seu com a criança que está a desenvolver-se no seu ventre. Se assim acontecer, relativamente à parentalidade dessa criança, haverá “um concurso positivo de pretensões”⁶⁴.

vocar outra regra contida no ordenamento jurídico relativa ao estabelecimento da parentalidade quando há recurso a uma técnica de PMA: o art. 20.º da LPMA, norma que não foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. O TC faz prevalecer o art. 1796.º sobre o art. 20.º da LPMA (cuja aplicação não parece equacionar). Note-se que, escrevendo em 2000, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO rejeitava que a “mera portadora” fosse a mãe da criança, por a gestação “não ser o critério decisivo da maternidade”. Acrescentava: “E contra isto não adianta dizer que as leis de família contêm passos que referem inequivocamente a gestação. Também referem a derivação biológica. O que releva é haver uma lacuna, na hipótese de aquelas qualidades [ser mãe biológica e ser mãe gestante] se separarem. Sem apoio legal, a gestação não pode prevalecer”. «Procriação Assistida e o Direito», *cit.*, p. 668. Discutindo a aplicação do art. 1796.º do CC, quando a gestante não tem ligação genética à criança, JORGE DUARTE PINHEIRO, «Mãe portadora. A problemática da maternidade de substituição», *cit.*, p. 338. Este Autor chama a atenção para o facto de que “o critério biológico é preponderante no campo da procriação derivada do ato sexual. O risco do nascimento do filho resultante de ato sexual corre totalmente por conta daqueles que o praticam. Em contraste fora da procriação derivada de ato sexual, salvo disposição em contrário (...), o critério geral é o volitivo”. *Cit.*, p. 341.

⁶¹ E, se for casada, o seu marido será pai, por funcionamento da presunção da presunção *pater is est*, nos termos do art. 1826.º do CC. A este ponto, regressaremos *infra*.

⁶² Como ocorreria, necessariamente, à luz do regime jurídico vertido na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, se as exigências aí previstas fossem respeitadas, nomeadamente a do art. 8.º, n.º 3, *in fine*, da LPMA.

⁶³ A regra prevista no art. 1796.º do CC não assenta na vontade de se ser mãe. Aceitando a aplicação do art. 1796.º (*vide* dúvidas expressas na nota 60), a gestante que revogue o consentimento será juridicamente havida como mãe da criança, como parturiente, e, não querendo assumir o projeto parental, poderá prestar o seu consentimento para adoção, como acontece relativamente a uma mulher que gerou naturalmente (no sentido de não existir um processo medicamente dirigido para o efeito) um filho.

⁶⁴ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1925. Os problemas jurídicos resultantes da revogação do consentimento da gestante e da emergência de projetos parentais conflitantes serão atenuados nas situações em que a gestação ocorre em laboratório, utilizando um útero artificial, prescindindo-se, portanto, do contributo de uma gestante. Trata-se da prática da octogênese, a que VERA LÚCIA RAPOSO

O Tribunal Constitucional não esqueceu essa hipótese e destacou a complexidade das ponderações que é necessário levar a cabo⁶⁵, num quadro dessa espécie “em que a gravidez é levada até ao seu termo, e, uma vez nascida a criança, tanto os beneficiários, como a gestante pretendem assumir responsabilidades parentais quanto à mesma”⁶⁶.

Sem prejuízo de se atentar na vontade dos adultos, para a questão da definição do critério de estabelecimento da filiação da criança nascida através de contratos de gestação de substituição, é necessário considerar também – sobretudo – o interesse da criança assim gerada. Na verdade, como lapidarmente o Tribunal Constitucional afirma, “a partir do nascimento, o interesse da criança deve ser o principal critério de todas as decisões que sejam tomadas em relação ao destino da mesma (cf. o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança e *supra* o n.º 33)”⁶⁷, pelo que, conseqüentemente, relativamente à criança cuja entrega está em causa, “é o seu interesse que deve presidir à solução do conflito entre os dois projetos parentais”⁶⁸.

O Tribunal Constitucional põe, assim, em destaque aquele que deve ser o centro gravitacional em torno do qual deve desenvolver-se *sempre* o regime jurídico que discipline a definição da filiação de qualquer criança⁶⁹ e, portanto, também da criança nascida de um contrato de gestação de substituição. E assim deve ser mesmo que o regime jurídico a aplicar fique condicionado pela necessidade de garantir, em determinado ponto, a devida proteção a um adulto, através do reconhecimento de um direito de revogação do consentimento da gestante. Na verdade, no citado Acórdão, é afirmado de modo inequívoco que, “a partir do momento em que o conflito entre o projeto parental dos beneficiários e o projeto parental da gestante não pode deixar de relevar juridicamente, atentos os interesses fundamentais

já se referia em *De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, cit., pp. 27 e 28. O anúncio de várias experiências em curso (<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2017/sep/04/artificial-womb-women-ectogenesis-baby-fertility>) permitem divisar que o recurso a úteros artificiais será uma realidade em breve, colocando novos e diferentes desafios ao direito.

⁶⁵ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1925.

⁶⁶ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1925.

⁶⁷ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1925.

⁶⁸ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1926.

⁶⁹ Como destaca Sir JAMES MUNBY “*What, after all, to any child, to any parent, never mind to future generations and indeed to society at large, can be more important, emotionally, psychologically, socially and legally, than the answer to the question: Who is my parent? Is this my child?*”, no parágrafo 3 da decisão *In the matter of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Cases A, B, C, D, E, F, G and H)* da High Court of England and Wales, com a referência [2015] EWHC 2602 (Fam).

da gestante, o critério principal para a respetiva solução tem de ser o superior interesse da criança⁷⁰. Acrescenta, de imediato, que a satisfação desse interesse, “só é possível no quadro de uma avaliação casuística, pois de outro modo negar-se-ia a condição de sujeito de direitos da criança, em violação da sua dignidade e o Estado violaria o seu dever de proteção da infância [artigos 1.º, 67.º, n.º 2, alínea e), e 69.º, n.º 1, todos da Constituição; cf. também *supra* o n.º 35]” (sublinhado nosso)⁷¹.

Do teor do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, podem, então, ser extraídas algumas conclusões no que respeita ao regime jurídico a aplicar quanto à definição da filiação (*rectius* parentalidade na terminologia adotada aquando da reforma da Lei da PMA em 2016⁷²) das crianças nascidas através de contratos de gestação de substituição para que o mesmo não mereça o juízo de inconstitucionalidade. Em suma, parece haver base para afirmar-se que: *i*) é excluída a possibilidade de definição *ex ante* do critério sobre o qual assentará o estabelecimento da parentalidade, ficando o mesmo dependente do exercício pela gestante do seu direito de revogação do consentimento, o que pode ocorrer até ao momento da entrega da criança; *ii*) se o consentimento da gestante não for revogado e ela mantiver, de forma atualizada, a vontade de colaborar no projeto parental dos “beneficiários”, entregando-lhes a criança, a parentalidade estabelecer-se-á em relação a eles, por força da lei, em consequência da celebração do contrato de gestação; *iii*) se a gestante revogar o seu consentimento, recusando-se a entregar a criança aos beneficiários, a parentalidade estabelecer-se-á de acordo com as regras previstas nos Código Civil, que ditará, quanto à maternidade, que a mesma se estabelecerá em relação à gestante (na sua qualidade de parturiente), nos termos do art. 1796.º, n.º 1; *iv*) assentando a revogação do consentimento da gestante na vontade de concretizar um projeto parental próprio com a criança gerada neste processo, este projeto parental, a que deve ser reconhecido relevo jurídico, conflitará com o projeto parental dos beneficiários; *v*) a resolução do concurso positivo de projetos parentais e a consequente definição da filiação da criança recém-nascida far-se-á à luz do superior interesse da criança, que deve ser avaliado casuisticamente.

⁷⁰ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1926.

⁷¹ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1926.

⁷² RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Uma revolução...», *cit.*, pp. 149 e ss.

4. A definição *ex post* da filiação das crianças nascidas com recurso à gestação de substituição e o problema do concurso positivo de projetos parentais

Em conformidade com as linhas orientadoras acabadas de enunciar, cumpre considerar, mais de perto, a definição da filiação da criança nascida na sequência da celebração de um contrato de gestação de substituição, em caso de concurso positivo de projetos parentais entre a gestante e os beneficiários⁷³. Vamos fazê-lo, atendendo ao quadro valorativo jusconstitucional vertido no Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, que aponta para a definição da parentalidade através de uma avaliação do superior interesse da criança em cada caso concreto, considerando os específicos contornos que a particular situação apresenta.

A reflexão a levar a cabo nos próximos parágrafos considerará o direito constituído no momento presente e as possibilidades que, *de iure constituendo*, se abrem numa futura e necessária intervenção legislativa⁷⁴. Tomaremos, também, como pon-

⁷³ Não nos debruçamos sobre o concurso negativo, já que, nesse caso, em princípio, a gestante não revogará o consentimento e entregará a criança aos beneficiários, estabelecendo-se a parentalidade em relação aos últimos, *ex vi legis*, na sequência da celebração de um contrato de gestação de substituição. Nesse caso, equacionar-se-á a possibilidade de os beneficiários prestarem consentimento para adoção.

⁷⁴ Já depois de terminada a escrita deste trabalho, deu entrada no dia 27 de novembro de 2018, no Parlamento, o Projeto de Lei n.º 1030/XIII, apresentado pelo grupo parlamentar do Bloco de Esquerda, relativo à “Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição (quinta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”. Procurando dar resposta às objeções elencadas pelo Tribunal Constitucional que ditaram o juízo de inconstitucionalidade vertido no Ac. n.º 25/2018, de 24 de abril, prevê-se o direito de arrependimento da gestante até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança nascida (art. 8.º, n.º 8, do Projeto de Lei). Note-se que, nos termos do art. 96.º do Código de Registo Civil, “O nascimento ocorrido em território português deve ser declarado verbalmente, dentro dos 20 dias imediatos, em qualquer conservatória do registo civil ou, se o nascimento ocorrer em unidade de saúde onde seja possível declarar o nascimento, até ao momento em que a parturiente receba alta da unidade de saúde”. A mera leitura da norma suscita-nos logo duas dúvidas. Por um lado, o prazo variará consoante o registo possa ser feito ou não na unidade de saúde onde a parturiente esteja ou para onde seja transferida? Portanto, se a alta ocorrer passado 24 horas em relação ao nascimento, o prazo de arrependimento é de 24h? E se o registo não puder ser feito na unidade de saúde vai até aos 20 dias? Vai tratar-se diferentemente as gestantes em razão desse motivo? O tratamento diferenciado nestes termos entre gestantes não nos parece suficientemente justificado no plano jusconstitucional. A segunda dúvida prende-se com o prazo curto – de 20 dias no máximo, a menos que decorra mais tempo até que a gestante receba alta – e muito inferior ao prazo de seis semanas previsto para o consentimento da parturiente em relação à adoção (art. 1982.º, n.º 3, do CC). Neste caso, pode, no entanto, aventar-se que as situações são diferentes (a gestante celebrou um contrato de gestação de substituição, pelo que já contava com a necessidade de entregar a criança a outrem). A ser assim, resta saber se são diferentes a ponto de ditar uma diferença temporal tão grande. Quanto à definição da parentalidade, propõe-se uma norma muito próxima da que constava do art. 8.º, n.º 7, da LPMA na declaração que foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, ressaltando-se apenas a hipótese de revogação do consentimento (“Sem prejuízo do disposto na parte final do artigo anterior,

to de partida do nosso raciocínio a ideia de que o legislador não alterará nenhum dos pontos do regime que não suscitaram um juízo de censura jusconstitucional. Assim, consideraremos que se manterá a exigência da necessidade de utilização do material genético de, pelo menos, um dos membros do casal de beneficiários e que continuará a excluir-se a possibilidade de a gestante ser dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento procriativo em que a mesma participa.

Ora, formando-se o projeto parental próprio da gestante relativamente ao novo ser que se desenvolve no seu ventre, ela revogará o consentimento que havia prestado para o procedimento em curso. Desvinculando-se do programa contratual assumido, ela não estará obrigada a entregar a criança aos beneficiários. A parentalidade, como já referimos, será estabelecida nos termos previstos no Código Civil, sendo a maternidade estabelecida em relação a ela, como parturiente, de acordo com o art. 1796.º, n.º 1, do CC. Se a mesma for casada, funcionará, em princípio, a presunção *pater is est* consagrada no art. 1826.º do CC, estabelecendo-se a paternidade em relação ao seu marido⁷⁵. Se a presunção relativamente ao marido cessar⁷⁶ ou se a gestante for solteira, *quid iuris* quanto à paternidade? Poder-se-á aplicar o regime do art. 20.º da LPMA⁷⁷ e, demonstrando a prestação do consentimento por parte do membro masculino do casal de beneficiários, a paternidade pode ser estabelecida em relação a ele⁷⁸. Mas, de qualquer modo, tal pode ser inviabilizado se,

a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários": art. 8.º, n.º 9, do Projeto de Lei). Não se dá, portanto, densificação no plano legal ao termos em que deverá ocorrer a concretização da apreciação casuística a que se referia o Tribunal Constitucional em caso de concurso positivo de projetos parentais.

⁷⁵ Note-se que, se a presunção do art. 1826.º do CC funcionar, a sua impugnação obedecerá às regras dos arts. 1839.º e 1840.º do CC, não tendo os membros do casal de beneficiários legitimidade para o efeito (arts. 1839.º e 1841.º do CC). O membro masculino do casal, se tiver sido usado o seu material genético, poderá dirigir requerimento, declarando-se pai da criança, e, se for reconhecida pelo tribunal a viabilidade do pedido, o Ministério Público intentará a ação de impugnação da paternidade (art. 1841.º, n.º 2, do CC).

⁷⁶ O que pode acontecer nos termos de três artigos do CC: do art. 1828.º, relativamente a filhos nascidos nos primeiros 180 dias seguintes à celebração do casamento por mera declaração da mãe ou do seu marido, no ato de registo de nascimento, de que o último não é pai da criança; do art. 1929.º, relativamente a filhos que, tendo sido concebidos na constância do casamento mas depois de finda a coabitação e, finalmente, do art. 1832.º, relativamente a qualquer criança, se, aquando da declaração de nascimento, a mãe declarar que o filho não é do seu marido.

⁷⁷ Esta norma aplicar-se-á mesmo que o material genético não seja desse homem, mas de um terceiro dador, já que os dadores, nos termos do art. 10.º, n.º 2, e do art. 21.º da LPMA, nunca são havidos como pais das crianças nascidas por recurso à PMA.

⁷⁸ Ou deverá esse homem realizar uma perfilhação nos termos dos arts. 1849.º e ss. do CC, nomeadamente respeitando as exigências formais do art. 1853.º do CC?

antes desse momento⁷⁹, estando a paternidade omissa, um terceiro perfilhar a criança, estabelecendo-se a paternidade em relação a ele⁸⁰. Nessa hipótese, poderá o membro masculino do casal beneficiário⁸¹, pertencendo-lhe os gâmetas masculinos com que a criança foi gerada, impugnar, nos termos do art. 1859.º do CC, a perfilhação, por a mesma não corresponder à verdade, entendendo-a, nos termos em que os preceitos do Código Civil têm sido entendidos, como verdade genética?

Como se articula o regime decorrente da aplicação das normas acabadas de enunciar com a aferição do superior interesse da criança, juízo a que se reporta o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril⁸²?

Na verdade, o Tribunal Constitucional não parece dar, necessariamente, preferência ao projeto parental (supervenientemente surgido) da gestante em relação ao projeto parental dos beneficiários (que esteve na base da gestação de substituição). O texto do Acórdão parece, aliás, apontar no sentido da possibilidade de haver a transferência da parentalidade da criança para o casal de beneficiários⁸³, se essa for a solução que, mais adequadamente, satisfaz o superior interesse da criança⁸⁴. Tal regime não se encontra consagrado na lei e apenas podemos conjeturar sobre os contornos que poderá vir a ter.

Tratar-se-á de um regime, em certa medida, próximo do regime que está previsto no direito inglês⁸⁵ quanto à “*parental order*” a que os beneficiários podem recorrer nos termos da secção 54 do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*?

⁷⁹ A perfilhação pode ocorrer mesmo antes do nascimento (art. 1854.º do CC), desde que ocorra num momento posterior ao da conceção da criança (art. 1855.º do CC) e o perfilhante identifique a mãe da criança (que aqui parece dever ser a gestante, como parturiente, por aplicação do art. 1796.º do CC).

⁸⁰ Como se sabe, sendo eficaz a perfilhação, a paternidade estabelece-se, mesmo que o perfilhante não tenha qualquer ligação biológica com a criança.

⁸¹ Ser-lhe-á reconhecida legitimidade nos termos do n.º 2 do art. 1859.º do CC, por poder ser qualificado como “pessoa que tenha interesse moral ou patrimonial na sua procedência”. E o membro feminino do casal de beneficiários poderá subsumir-se a essa expressão? A circunstância de os gâmetas femininos provirem dela é relevante para esse efeito? Não parece que a mesma possa reconduzir-se à expressão “mãe” usada no art. 1859.º, n.º 3, do CC.

⁸² DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1905.

⁸³ Sabemos que não compete ao Tribunal Constitucional conformar o regime jurídico, tarefa do legislador. Este deverá definir que solução pretende acolher, louvando-se do espaço de conformação deixado ao legislador ordinário para a definição dos contornos dos regimes jurídicos (“*Gestaltungsspielraum*”) a constituir.

⁸⁴ DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1905.

⁸⁵ Sobre o regime vigente no direito inglês quanto à definição da parentalidade, nomeadamente quando se recorre à procriação medicamente assistida e à “*surrogacy*”, veja-se NIGEL LOWE e GILLIAN DOUGLAS, *Bromley’s Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 11.ª ed., 2015, pp. 244 e ss.

Na verdade, no ordenamento jurídico inglês, apesar de se aceitar, em certas condições⁸⁶, a celebração de *“surrogacy arrangements”*, não se reconhece natureza vinculativa aos mesmos⁸⁷. De facto, nascida uma criança na sequência da celebração de um tal acordo, nos casos em que a mesma é admitida, a gestante é considerada juridicamente mãe do recém-nascido nos termos da secção 33 (1) do mesmo diploma que claramente declara que *“the woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child”*. E, se a gestante for casada, o seu marido poderá ser considerado como pai da criança⁸⁸, nos termos da secção 35 (1) b do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, doravante HFEA2008.

Mas, no prazo de seis meses a contar da data do nascimento da criança (secção 54 (2) HFEA2008), os membros do casal⁸⁹ por conta de quem a gravidez foi levada a cabo podem requerer judicialmente o decretamento de uma *“parental order”*, com o objetivo de serem tratados juridicamente como progenitores da criança (*“to be treated in law as the child of the applicants”*), segundo a secção 54 (1) HFEA2008, transferindo-se o *“parental status”* para os requerentes e extinguindo-se os direitos e responsabilidades de quem até ali foi qualificado como mãe e pai. O pedido procederá se, verificados múltiplos requisitos⁹⁰, se entender que os requerentes estão preparados para se comportarem como pais da criança.

⁸⁶ O acordo tem de ser gratuito. Nos termos da secção 54 (8) HFEA2008, não pode ser pago *“money or other benefit”*, salva a possibilidade de serem pagas *“expenses reasonably incurred”*.

⁸⁷ Os *“surrogacy arrangements”* não gozam de *“enforceability”*, nos termos da secção 1 A do *Surrogacy Arrangements Act 1985*, na redação introduzida pelo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (*“No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it”*).

⁸⁸ A menos que se prove que ele não prestou consentimento para o procedimento (secção 35 (1) HFEA2008). O mesmo se aplica aos *“civil partners”* da gestante, nos termos da secção 42 (1) HFEA2008. Por força do *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* e do *The Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014 and Civil Partnership Act 2004 (Consequential Provisions and Modifications) Order 2014*, também se aplica ao cônjuge da gestante no caso de casamentos entre duas mulheres.

⁸⁹ Note-se que o membro masculino do casal pode ser tratado como pai do recém-nascido desde o nascimento, se a gestante prestar consentimento nesse sentido e se estiverem reunidos os requisitos da secção 26 (1) do HFEA2008.

⁹⁰ Várias são as exigências previstas para a *“parental order”*. É necessário, entre outras exigências, que: i) os gâmetas de pelo menos um dos requerentes (*“applicants”*) tenham sido usados na criação do embrião (secção 54 (1) b HFEA2008); ii) que os requerentes sejam casados um com o outro, ou sejam *“civil partners”* ou sejam *“two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other”*, no sentido da secção 58 (2) (secção 54 (2) HFEA2008); iii) que, no momento em que o pedido é formulado e no momento em que a *“parental order”* é concedida, a criança viva em casa dos requerentes, iv) que, nesses momentos, pelo menos um dos requerentes esteja domiciliado no Reino Unido, nas *Channel Islands* ou na *Isle of Man* (secção 54 (4)

O regime jurídico inglês pode ser um modelo a ter em conta⁹¹, apesar de haver um grande ponto em que esse regime se distancia da situação que estamos a considerar (de conflito positivo de projetos parentais entre a gestante e os beneficiários), já que, para que a “*parental order*” seja decretada em favor dos pais intencionais, é necessário que a gestante manifeste⁹², sem oposição de condições, uma vontade livre e esclarecida nesse sentido (“*freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order*”), nos termos da secção 54 (6) HFEA2008⁹³, depois de decorridas, no mínimo, 6 semanas a contar do nascimento da criança (secção 54 (7) HFEA2008).

Ora, não haverá esta concordância da parte da gestante na hipótese de ocorrência de conflito positivo de projetos parentais entre a gestante e os beneficiários, situação que estamos a considerar nesta secção. Assim sendo, o que haverá que provar, no ordenamento jurídico português, para que a pretensão dos beneficiários prevaleça e a filiação da criança seja estabelecida em relação a eles⁹⁴? Deverão provar que o seu projeto parental é mais adequado à satisfação do superior interesse da criança do que o projeto parental da gestante? Como se afere a adequação de um projeto parental à concretização do superior interesse da criança?⁹⁵

HFEA2008); iv) que, no momento em que a “*parental order*” é concedida, os requerentes tenham mais de 18 anos (secção 54 (5) HFEA2008).

⁹¹ Apesar de um regime como o inglês proteger o interesse da gestante, podem ser apontadas algumas críticas ao mesmo, por, ao não reconhecer natureza vinculativa ao “*surrogacy arrangements*”, fomentar o incumprimento por parte do casal por conta do qual a gestação foi levada a cabo, no caso de a criança nascer com alguma patologia, e por importar um défice de certeza na definição da situação jurídica da criança, vulnerando-se a proteção da mesma.

⁹² A menos que seja incapaz de prestar o seu consentimento (secção 54 (7) HFEA2008).

⁹³ Note-se que, para além da gestante, devem, em princípio, prestar idêntico consentimento “*any other person who is a parent of the child but is not one of the applicants (including any man who is the father by virtue of section 35 or 36 or any woman who is a parent by virtue of section 42 or 43)*”.

⁹⁴ Também poderá equacionar-se uma solução que opere ao nível do exercício das responsabilidades parentais, deixando intocada a questão da titularidade do “*status*” de pai/mãe. Não nos parece, no entanto, que a decisão do TC n.º 225/2018, de 24 de abril, aponte nesse sentido. O Tribunal Constitucional debruça-se sobre a problemática do concurso positivo de projetos parentais a propósito da regra de estabelecimento da parentalidade, parecendo que será a esse nível que se dará a resolução do assinalado conflito. É com base nesse pressuposto que desenvolvemos a nossa reflexão, mas as observações que tecemos poderão ser consideradas a propósito da busca de uma solução no plano da definição do exercício das responsabilidades parentais. No entanto, com frequência “o desempenho da *função* não satisfaz; é preciso ser-se titular do *estatuto* de pai ou de mãe” (itálicos no original), como referia GUILHERME DE OLIVEIRA, a propósito de outra problemática. «Critérios Jurídicos da Parentalidade», *cit.*, p. 300.

⁹⁵ Para uma visão cética, atendendo a que a conclusão sobre o que serve o superior interesse da criança não é factível (“*feasible*”) com frequência, não conduzindo a uma “*definite conclusion*”, pelo que, nesses casos, deverá atender-se às posições dos adultos, SHOSHANA L. GILLERS, «A labor theory of legal Parenthood», *cit.*, pp. 694 e 695.

A vontade de assumir tal projeto não servirá, em princípio, para desempatar e fazer pender a decisão para um dos lados, já que, na hipótese considerada, essa vontade existirá e fundamentará ambas as pretensões que se digladiam.

O juízo é particularmente complexo, na medida em que, de acordo com o modelo de gestação de substituição português⁹⁶, os critérios que soem ser apresentados para fundar uma decisão sobre a definição da filiação apontam em sentidos opostos. Assim, se a favor do projeto parental da gestante se pode invocar um critério biológico traduzido na gestação, no parto e na influência epigenética sobre o nascituro, a favor do projeto parental dos beneficiários pode ser convocado o vínculo genético com pelo menos um dos membros do casal⁹⁷. Pode considerar-se que um destes critérios deve prevalecer, na medida em que é apto a promover mais eficazmente o superior interesse da criança? Ou devem considerar-se outros critérios que ajudem a dilucidar o conflito?

Pode chamar-se à colação um critério de ordem cronológica na formação dos respetivos projetos parentais relativamente à mesma criança e, consequentemente, dar prevalência ao projeto parental dos beneficiários que, necessariamente, surgiu em primeiro lugar, estando, finalisticamente, na base da gestação de substituição⁹⁸.

⁹⁶ Como referimos no início desta secção, partimos do pressuposto de que não serão alterados os traços do regime da gestação de substituição que não mereceram juízo de inconstitucionalidade.

⁹⁷ Sabemos que, à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a ligação genética tem sido um elemento importante na decisão de casos relativos a gestação de substituição internacionais. Vejam-se, por exemplo, as decisões nos casos *Mennesson c. França* (n.º 65192/11), de 26.09.2014; *Labassée v. France* (n.º 65941/11), de 26.06.2014; *Foulon e Bouvet c. França* (n.º 9063/14 e n.º 10410/14), de 21.07.2016; e *Laborie c. França* (n.º 44024/13), de 19.01.2017.

⁹⁸ Nesse sentido, afirma-se que, sem o projeto parental dos beneficiários, aquela criança não chegaria a ser gerada. Assim, considerando o entendimento de J. L. HILL e TERESA ABELL, «Gestational Surrogacy: Intent-based Parenthood in *Johnson v Calvert*», *Mercer Law Review*, 45, 1994, p. 1435. Para ANDREA E STUMPF, o interesse da criança é mais adequadamente protegido através de uma solução que defina da forma mais clara e antecipada a parentalidade da criança, e a definição deveria ser a favor dos “beneficiários”, na medida em que, sendo os “*initiating parents*”, deveria valer uma “*strong presumption of appropriation*” que só em casos excecionais seria ilidível pela gestante. Para o Autor, essa deveria ser a regra, quer para os casos de concurso positivo de pretensões parentais, quer para os casos de concurso negativo de pretensões parentais, como sintetiza: “*Balancing risks and benefits, the initiating parents should be responsible for a child that no one wants, and they should be entitled to a child that everyone wants*”. «Redefining mother: a legal matrix for new reproductive technologies», *Yale Law Journal*, Vol. 96, n.º 1, 1986, pp. 204 e 205.

Pode convocar-se um critério que afira o grau de investimento que os sujeitos colocaram nos respetivos projetos parentais?⁹⁹ Pode dizer-se que a gestante fez um investimento maior por suportar no seu ventre durante vários meses a gestação da criança, com significativas implicações físicas, psíquicas e afetivas para ela¹⁰⁰.

Ou deve apreciar-se a pretensão subjacente aos dois projetos parentais, formulando um juízo semelhante ao que subjaz à constituição do vínculo adotivo? Deverá sopesar-se, relativamente a cada um deles, as “reais vantagens” que de cada um dos projetos se derivam para o recém-nascido, a *legitimidade* dos motivos em que cada um deles se funda e a previsão de que, razoavelmente, se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação (art. 1974.º) entre a criança e os adultos que pretendem protagonizar os projetos parentais em conflito, ponderando-se, para o efeito, as características (psicológicas, profissionais, económicas) de cada um dos sujeitos das pretensões parentais¹⁰¹?

Parece-nos que uma apreciação casuística como aquela para a qual a decisão do Tribunal Constitucional aponta poderá considerar todos estes critérios num sistema móvel de apreciação, em que o peso a dar a cada um deles pode variar de caso para caso¹⁰². Julgamos, no entanto, que seria de grande valia se o legislador pudesse

⁹⁹ SHOSHANA L. GILLERS, perante a ambivalência dos critérios que subjazem aos regimes jurídicos vigentes, vem propor um “*normative model*” de definição da parentalidade, baseado “*on a Lockean labor theory of property*”, que conduz ao estabelecimento da parentalidade em relação à gestante por ser ela “*who has invested the most labor in the developing fetus, and hence deserves parenthood the most*”. SHOSHANA L. GILLERS, «A labor theory of legal Parenthood», *cit.*, pp. 693 e 694, e, para desenvolvimentos da teoria, pp. 706 e ss., em especial quanto à gestação de substituição, pp. 709 a 711. A Autora traz à colação a distinção entre a titularidade (a propriedade) dos (“*raw*”) materiais genéticos e a titularidade de uma posição jurídica sobre o ser que através daqueles se desenvolveu, convocando figuras dos direitos reais (por exemplo, a acesso). *Cit.*, p. 708. Considera, no entanto, que, nos “*collaborative reproductive agreements*”, a gestante aliena o seu “*personal labor*”. *Cit.*, p. 694 e pp. 710 e 711.

¹⁰⁰ Nas palavras do TC, no Ac. n.º 225/2018, de 24 de abril, “durante a gravidez e até ao parto a única relação que existe com a criança que vai nascer é aquela que se estabelece entre a gestante e o nascituro, com relevância nos planos biológico e epigenético, bem como nos planos afetivo e emocional: a mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião e, inversamente, o embrião-feto altera a grávida para sempre; e é durante a gestação que se estabelece uma vinculação afetiva entre o nascituro e a grávida (cf. supra o n.º 43)”. DR, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, p. 1925.

¹⁰¹ Nos Estados Unidos da América, nos Estados que usam o “*best interests test*” para decidir as “*custody disputes*” sobre as crianças nascidas por gestação de substituição, na maioria dos casos a decisão tem sido favorável aos “*intended parents*”. Assim, MATTHEW DEMOPOULOS, «Surrogacy in California: Replacing Section 7962 of the California Family Code with a Two-Part Hybrid Best Interests Test», *University of California Davis Law Review*, vol. 51, 2018, p. 1757.

¹⁰² ERIN Y. HISANO apresenta uma proposta, que se desdobra em 3 partes, sobre o modo por que se deve levar a cabo o juízo relativo ao “*best interests test*”. «Gestational Surrogacy Maternity Disputes: refocusing on the child», *cit.*, pp. 548 a 553. MATTHEW DEMOPOULOS, propõe um “*Two-party Hybrid Best*

sinalizar os critérios a que se deve atender e definisse diretrizes para o juízo a levar a cabo.

Poderia ser um subsídio importante para a decisão judicial se, no plano legal, se considerassem, de modo claro, cenários particulares, como o são, por exemplo, aqueles em que haja desrespeito pelos requisitos de que depende a aceitação da gestação de substituição ou os requisitos gerais aplicáveis às declarações negociais e aos contratos. Mantendo a opção legal pelo figurino contratual, cumpre dilucidar se se aplicam as regras contratuais¹⁰³, diferenciando as situações de nulidade (art. 286.º do CC) e de anulabilidade (art. 287.º do CC), o que pode atrair a finalidade de prosseguir o superior interesse da criança que não se encontra necessariamente indexado às opções feitas, no plano legal, quando se desenhou o regime das invalidades negociais¹⁰⁴. Na verdade, uma conclusão que nos parece decorrer do facto de se erigir o “superior interesse da criança” a núcleo da decisão neste âmbito é o de que o critério que subjaza ao estabelecimento da filiação não deve ser o de prosseguir o objetivo de punir condutas¹⁰⁵ ou de promover o cumprimento do regime jurídico da gestação de substituição, nem tão-pouco o de garantir o rigoroso respeito pelo figurino contratual que o legislador adotou.

Interests Test” em que congrega “*cherry-pick elements*” dos vários critérios que podem servir de base à definição da filiação (“*intent test*”, “*genetics test*”, “*gestation test*” e “*best interests test*”) e se desdobra em dois níveis. MATTHEW DEMOPOULOS, «Surrogacy in California...», *cit.*, pp. 1776 a 1781.

¹⁰³ Note-se que estas regras também não deverão ser aplicadas no caso de a gestante não ter vontade de prosseguir um projeto parental próprio. Pode dizer-se que, no plano dos factos, sem que haja recurso à PMA, também há parturientes que dão à luz crianças de que não querem ser mães e, nesse caso, a lei impõe-lhes esse estatuto, sem prejuízo de se poder prestar consentimento para adoção. Esta situação de maternidade indesejada, não me parece que possa ser equiparada à imposição da maternidade (também indesejada) à gestante. Há duas diferenças muito significativas: na primeira situação de maternidade indesejada, há necessariamente um vínculo genético da criança com a parturiente e não existe *ab initio* um projeto parental de outra(s) pessoa(s) em relação à criança. No caso da gestação de substituição, a gestante não terá, em princípio, vínculo genético com a criança e há um outro projeto parental relativamente à criança, projeto que esteve na base do recurso à gestação de substituição.

¹⁰⁴ Veja-se, por exemplo, que, no âmbito dos negócios familiares, o legislador consagra regimes especiais para a invalidade dos mesmos. Pense-se no regime das invalidades do casamento prevista nos arts. 1627.º e ss. do CC. Sobre a especificidade desse regime, considere-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I – Introdução: direito matrimonial*, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 351 e ss.

¹⁰⁵ “**A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção.** O interesse prioritário é o do novo ser e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação”, sublinhava JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, dezembro de 2007, p. 997. O negrito está no original.

Pensamos, aliás, que, na densificação que o legislador venha a operar nesta matéria, se poderiam até destacar situações particulares de desrespeito pelo regime jurídico aplicável à gestação de substituição. Pense-se no caso de ter sido utilizado indevidamente material genético da gestante¹⁰⁶. Esse facto poderá fazer, em princípio, pender a balança do decisor para o lado do projeto parental da gestante.

Julgamos que a intervenção legislativa que venha a ocorrer deve consagrar soluções claras a propósito dos termos em que deverá ser estabelecida a parentalidade da criança que nasça na sequência de uma gestação de substituição. A promoção da certeza e segurança jurídica será um importante instrumento a favor da proteção do superior interesse da criança¹⁰⁷.

5. Observações conclusivas

Do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, resulta a rejeição de uma regra que – como a que constava do art. 8.º, n.º 7, da LPMA e foi considerada inconstitucional – dita a definição, a favor dos beneficiários, *ex ante* e de modo único do critério do estabelecimento da parentalidade da criança nascida na sequência de uma gestação de substituição.

Ainda que essa rejeição seja consequência da afirmação de um direito (de arrependimento) da gestante, extrai-se da mesma decisão a conclusão de que o regime que se preveja para a matéria da definição da parentalidade deverá ser orientado pelo objetivo principal de promover o superior interesse da criança e que o mesmo deverá ser apreciado casuisticamente.

A questão ganha uma complexidade particular quando há um concurso de projetos parentais da parte da gestante e dos beneficiários, já que se torna especialmente difícil afirmar como se materializará, nessa hipótese, o superior interesse da criança. Os critérios que soem ser apresentados para fundar uma decisão sobre a definição da filiação apontam em sentidos opostos. Assim, se o critério biológico traduzido na gestação e parto e na influência epigenética sobre o nascituro caucio-

¹⁰⁶ Note-se que, no ordenamento jurídico grego e no cipriota, numa hipótese desta espécie, a parentalidade dos beneficiários pode ser impugnada pela gestante (*vide* nota 36).

¹⁰⁷ Segundo ANDREA E. STUMPF, “*The interests of the child are served by a system that places the child in parental hands as unambiguously as possible. Any conflicting claims to the child should be resolved as smoothly and immediately as possible*”. «Redefining mother: a legal matrix for new reproductive technologies”, *cit.*, p. 206.

nará o projeto parental da gestante, o vínculo genético com pelo menos um dos membros do casal robustecerá a solidez do projeto parental dos beneficiários.

Trata-se de mais uma manifestação de um fenómeno que tem ganho protagonismo nas últimas décadas e que é o de que as relações familiares se convertem, no plano jurídico, num campo de tensão (“*Spannungsfeld*”) de direitos¹⁰⁸, de que os seus membros são titulares.

O legislador deve intervir, acolhendo soluções que, do mesmo passo, sejam claras e se adequem à variedade de situações que podem, no plano dos factos, ocorrer. Só assim se dará a promoção da certeza e segurança jurídicas tão necessárias para uma definição célere do projeto biográfico da criança.

Na resolução desta tensão, não pode, no entanto, ser esquecida a verdade que se encerra numa formulação em língua inglesa segundo a qual: “*a chain is only as strong as its weakest link*”. Nestas matérias, é patente que o elo mais fraco desta cadeia é a criança nascida em consequência de uma gestação de substituição¹⁰⁹. Assim, a promoção do superior interesse da mesma deverá ser o critério orientador de qualquer regime jurídico que venha a ser adotado.

¹⁰⁸ A expressão “*Spannungsfeld der Grund- und Menschenrechte*” é usada por JOACHIM GERNHUBER e DAGMAR COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 6.^a ed., München, C.H. Beck, 2010, p. 31. Sobre este movimento, vide o nosso *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, cit., pp. 161 e ss.

¹⁰⁹ Como também reconhece, VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, cit., p. 91.

A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado *

Sónia Moreira

*Prof.ª Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

Resumo: O regime português das incapacidades dos maiores sofreu uma reforma substancial: passamos a possuir um regime monista, flexível, que pressupõe, em regra, a existência de capacidade negocial de gozo para casar, perfilhar e testar, para a prática de outros direitos pessoais e de negócios da vida corrente. No entanto, o novo regime deixa algumas questões sem resposta, principalmente por o regime da menoridade já não ser o regime base das incapacidades. O presente trabalho visa dar conta das dificuldades que se adivinham e apresentar algumas sugestões para a sua minimização.

Palavras-chave: Incapacidades; maior acompanhado.

1. Traços gerais e problemas

A Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, veio proceder a uma reforma substancial do regime jurídico português das incapacidades. A novidade começa, desde logo, pelo nome. Na verdade, aparentemente, deixamos de falar de “incapacidades” fora do âmbito da menoridade. A partir do momento em que a pessoa atinge a maioridade e passa a ser capaz à luz do Direito, já não será declarada interdita (ou inabilitada). Caso sofra de alguma qualidade minguante que a torne incapaz de facto – ou, como diz agora a lei, “impossibilitada” – de exercer por acto próprio os seus direitos (ou de cumprir os seus deveres), poderá vir a beneficiar das medidas de acompanhamento previstas no novo regime.

A mudança na terminologia não é inocente e foi bem conseguida. Por um lado, pretende-se evitar o estigma social (e jurídico) de que padeciam as pessoas

* O presente trabalho serviu de base à apresentação que fizemos na I Conferência Internacional de Direito e Bioética subordinadas ao tema *Novas Questões no Direito da Saúde*, realizada na Escola de Direito da Universidade do Minho, no dia 23 de Novembro de 2018.

O texto segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

anteriormente designadas como interditas ou inabilitadas¹. Por outro lado, a tónica coloca-se, agora, na protecção do beneficiário e no respeito pela capacidade que possa, ainda, possuir (em maior ou menor grau). Assim, a lei desenhou um regime jurídico que prevê a determinação de medidas de acompanhamento, num processo onde este maior tem de ser obrigatoriamente ouvido, como veremos, ao contrário do que sucedia no regime anterior, em que se partia do princípio de que a pessoa não estava em condições, sequer, de se manifestar. O legislador português subcreveu as novas tendências mundial e europeia², considerando, nomeadamente, o disposto na Convenção de Nova Iorque de 2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada pelas Nações Unidas em 30 de Março de 2007 e à qual Portugal aderiu³, perfilando-se ao lado de ordens jurídicas que aderiram à doutrina da alternativa menos restritiva, como os Estados Unidos da América e a Alemanha⁴.

¹ Como, aliás, afirma a Proposta de Lei n.º 110/XIII, foi escolhida a designação maior acompanhado “por ser a que, além de evitar qualquer efeito estigmatizante, põe em relevo a irrecusável dignidade, quer da pessoa protegida, quer da pessoa que protege”. Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 4, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42175>, consultada a 15/10/2018.

² Sobre o enquadramento supranacional da protecção dos adultos incapazes, v. DIANA ISABEL MOTA FERNANDES, «A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional», in MARGARIDA PAZ (org.), *Interdição e Inabilitação*, Centro de Estudos Judiciários, Maio de 2015, pp. 69 e 70, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf, consultado a 01/11/2018, pp. 256 e ss.

³ Esta Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de Maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de Julho. Foi ainda aprovado e ratificado o Protocolo Opcional da referida Convenção (pela Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, de 7 de Maio, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 de Julho), o que permitiu à Comissão sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência proceder à divulgação de observações relativas ao relatório de Portugal sobre a matéria, onde se declarou preocupada com o efectivo exercício dos direitos por parte das pessoas com deficiência, “incluindo o direito de voto, o direito de casar e de fundar uma família e o direito de administrar bens e propriedades”, recomendando a revogação dos regimes da tutela e a reforma do Código Civil nestas matérias. Sobre os vários instrumentos internacionais considerados no anteprojecto, v. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, disponível em http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf, consultado a 22/10/2018, pp. 79 e ss., em especial, pp. 85 e ss.

⁴ “Segundo esta doutrina, a defesa das pessoas com capacidade diminuída deve efectuar-se com a menor restrição possível dos direitos fundamentais, mediante o recurso a instrumentos de protecção que permitam assegurar àquelas o máximo controlo sobre a sua vida”. Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, «As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimento – a visão do Jurista», in MARGARIDA PAZ (org.), *Interdição e Inabilitação*, cit., pp. 34 e ss. O autor, à data, explicava que Portugal parecia ter adoptado a doutrina da alternativa menos restritiva de forma meramente nominal, pois, apesar de ter ratificado a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de ter criado uma lei que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação e participação da pessoa

Assim, pode dizer-se que a lei mudou de paradigma. O regime anterior partia do princípio de que havia pessoas “*incapazes* de governarem as suas pessoas e bens” ou de “reger convenientemente o seu património”, pelo facto de sofrerem de “anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira” (qualidades minguentes do foro físico e mental⁵) ou até pelo facto de sofrerem de vícios de carácter (como a dependência de álcool, de estupefacientes, ou a habitual prodigalidade)⁶. O novo regime parece partir do princípio inverso, pois, como dissemos, em nenhum momento encontramos a palavra “*incapaz*”. O art. 138.º determina apenas que “[o] maior *impossibilitado*, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”.

Como se vê, esta fórmula é mais abrangente do que as anteriores, podendo abarcar, por exemplo, os casos em que a pessoa vai perdendo capacidades em razão da idade, o que não sucedia no regime anterior^{7/8}. Ora, se à data de entrada

com deficiência nestes moldes (Lei n.º 38/2004, de 18 de Agosto), não tinha alterado o regime das incapacidades no Código Civil (CC). *Idem*, p. 36.

⁵ Ao contrário da doutrina dominante, entendendo que estas qualidades minguentes não eram taxativas e que a sua enumeração era meramente exemplificativa, surgindo “por razões de tradição histórica”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral. Pessoas*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 495.

⁶ Em geral, sobre o regime da interdição e da inabilitação, v. por todos HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2017 (reimp. da ed. de 1992), pp. 333 a 345; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012 (reimp. da ed. de 2005), pp. 234 a 244; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017 (reimp.), pp. 110 a 116; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*, 6.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 340 a 368.

⁷ O anterior regime não estava preparado para dar resposta às situações em que a pessoa, embora não sofrendo de nenhuma das patologias ou qualidades minguentes previstas na lei, via as suas capacidades de facto diminuírem em razão da idade. Dando conta do facto de a idade avançada (“que pode implicar a perda natural de algumas faculdades”) não ser fundamento de inabilitação, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Breve estudo sobre o regime jurídico da inabilitação*, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 116, n. 6, e RAÚL GUICHARD ALVES, «Alguns aspectos do instituto da interdição», in MARGARIDA PAZ (org.), *Interdição e Inabilitação*, cit.

⁸ Alertando para o facto de o envelhecimento não ser necessariamente sinónimo de incapacidade ou incompetência, mas apenas de uma maior necessidade de cuidado, nomeadamente no caso de doenças degenerativas do foro psiquiátrico e neurológico, e visando alargar o âmbito de intervenção da lei para a protecção destas pessoas, não pela sua inclusão no conceito de incapazes do regime anterior, mas através da reforma deste regime, GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 11.

em vigor do Código Civil de 1966 este facto não seria um problema, o mesmo já não pode dizer-se nos tempos que correm, mercê da evolução social e demográfica, pois a população portuguesa tem vindo a envelhecer e a esperança média de vida a aumentar consideravelmente, como o próprio anteprojecto de lei sublinha⁹. Além disso, o facto de a lei ter deixado de elencar qualidades minguantes¹⁰ ou razões comportamentais que podem conduzir ao decretamento de uma medida de acompanhamento, tendo adoptado uma formulação menos rígida e mais adequada, permite abranger outros problemas de saúde ou outras situações, para além do alcoolismo, da tóxico-dependência ou da prodigalidade, como a dependência de jogos de vídeo e mesmo a “adesão a seitas ilegais com práticas perigosas para o próprio corpo ou (...) a radicalização político-militar”¹¹.

Por outro lado, e esta é também uma novidade, a lei eliminou a dualidade anteriormente existente: deixam de existir a interdição e a inabilitação (que eram dois institutos diferentes e que obedeciam a uma lógica distinta, consoante o grau de incapacidade de facto que atingia a pessoa: a interdição, para os casos mais graves, em que a pessoa não estava capaz de participar no tráfico jurídico negocial geral por acto próprio, pelo que tinha de ser substituída por um representante legal, à semelhança do que sucede com os menores; a inabilitação, para os casos menos graves, em que ainda existia alguma capacidade e, por isso, o incapaz era apenas auxiliado por um assistente, cabendo-lhe celebrar ele próprio os negócios em causa, embora a sua validade dependesse de autorização do curador) e passa a existir um único regime jurídico¹², mais flexível, como veremos, mas mais vago e indeterminado.

⁹ Cfr. V. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, cit., pp. 33 e ss.

¹⁰ Na verdade, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de Agosto, já afirmava que a surdez-mudez e a cegueira deviam ser “abandonadas enquanto fundamento da interdição”, por não justificarem a perda do poder de condução da própria vida, atendendo à evolução tecnológica e ao aumento da autonomia e da qualidade de vida das pessoas que apresentam estas qualidades minguantes. V. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, «Este país não é para velhos? A protecção das pessoas maiores incapazes no direito civil português; Perspectivas de evolução», in HELENA MOTA/MARIA RAQUEL GUIMARÃES (coords.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 241 e 242.

¹¹ MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, cit., pp. 118.

¹² A Proposta de Lei refere que o modelo adoptado é “um modelo de acompanhamento e não de substituição, em que a pessoa incapaz é simplesmente apoiada, e não substituída, na formação e exteriorização da sua vontade. Por comparação com o regime atual, é radical a mudança de paradigma. Este modelo é o que melhor traduz o respeito pela dignidade da pessoa visada, que é tratada não como mero objeto das decisões de outrem, mas como pessoa inteira, com direito à solidariedade, ao apoio e

Actualmente, nos termos do art. 140.º, n.º 1, “[o] acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença”. Portanto, a lei deixa muito claro que só será coarctada a sua possibilidade de agir na exacta medida da diminuição da sua capacidade real¹³, que deverá ser concretamente atestada em juízo. Por isso mesmo é que o n.º 2 da norma consagra um princípio de supletividade, ao afirmar que “[a] medida não tem lugar sempre que o seu objectivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam”.

Apesar da vaguidade de algumas soluções do novo regime e da apreensão que esta nos suscita, é preciso saudar a *ratio legis*: garantir que, em primeiro lugar, está o interesse do beneficiário destas medidas¹⁴. Não o interesse dos familiares ou

proteção especial reclamadas pela sua situação de vulnerabilidade”. Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 4, *cit.* Contudo, o anteprojeto de lei, embora defendesse o modelo monista do acompanhamento, não deixou de sublinhar que este modelo não pode existir na sua forma pura, visto que, no limite, haverá sempre situações mais graves como as de deficientes profundos, de doentes com *Alzheimer* em estado avançado ou de doentes em coma, que terão de ser representados. V. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores, cit.*, pp. 103 e 104.

¹³ Uma das críticas feita ao anterior regime da interdição era precisamente a da ingerência excessiva na vida do incapaz, perguntando-se alguns autores se este regime atingia o objectivo de protecção do incapaz ou se, por ser demasiado rígido e ablativo, automático e não atender às reais e concretas capacidades de cada um, não deveria passar por uma reforma, tal como já sucedera em alguns ordenamentos jurídicos, como o alemão, onde este instituto caíra e fora substituído por um modelo de acompanhamento. Cfr. RAÚL GUICHARD ALVES, «Alguns aspectos do instituto da interdição», *cit.*, p. 42. O autor afirmava que “[d]e um modo geral, a incapacidade implica uma limitação da liberdade civil do sujeito e dos seus direitos fundamentais; nessa medida, contende com a ordem constitucional e a ordem pública. E coisa semelhante se pode dizer do regime da inabilitação”, pelo que “tais restrições só lograrão nos dias de hoje justificar-se cabalmente à luz da protecção do próprio incapaz. E só nessa estrita medida”. *Idem*, p. 41. Igualmente considerando de duvidosa constitucionalidade as restrições existentes no regime anterior aos direitos das pessoas com deficiência mental, que não podiam casar (cfr. art. 1601.º, al. b), do CC), constituir uma união de facto legalmente protegida (cfr. art. 2.º, al. b), da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio), ter acesso a técnicas de procriação medicamente assistida (cfr. art. 6.º, n.º 2, da Lei da Procriação Medicamente Assistida) e de exercer as responsabilidades parentais (cfr. art. 1913.º, n.º 1, al. b), do CC), v. JORGE DUARTE PINHEIRO, «As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimimento – a visão do Jurista», *cit.*, p. 28. No mesmo sentido, ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, «Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova conceção da pessoa com deficiência1», in MARGARIDA PAZ (org.), *Interdição e Inabilitação, cit.*, p. 136.

¹⁴ É importante reter que também o anterior regime das incapacidades visava garantir o interesse do incapaz, uma vez que era vocacionado para a sua protecção, por vezes, “em manifesto detrimento do tráfico jurídico negocial” (cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 331); no entanto, simultaneamente, em especial no caso da inabilitação,

dos seus herdeiros, da sociedade ou do Estado, mas o interesse de uma pessoa que, apesar de ver as suas capacidades (muito ou pouco) diminuídas, não deixa de ter direito a ser ouvida e a ter peso decisório na forma como a sua vida deve seguir. Numa fórmula muito semelhante à utilizada para as crianças (onde a lei recorre ao princípio do “superior interesse da criança”), o legislador consagrou neste âmbito o “interesse imperioso do beneficiário”¹⁵ das medidas de acompanhamento (art. 143.º, n.º 2).

Analisemos, então, em que consiste o regime do maior acompanhado, apontando as diferenças relativamente ao regime anterior.

2. O regime do maior acompanhado

2.1. *O princípio da autonomia privada e do respeito pela vontade do beneficiário das medidas de acompanhamento; legitimidade para intentar a acção*

Tal como sucedia no regime anterior, é necessária uma decisão judicial para que um maior possa beneficiar de medidas de acompanhamento. Esta decisão só pode ser tomada após ponderação das provas apresentadas e de audição pessoal e directa do beneficiário, para que o juiz possa avaliar presencialmente da capacidade real deste e, cremos nós, auscultá-lo, se possível, sobre as medidas a implementar. Até porque cabe ao tribunal designar o acompanhante – que terá de ser uma pessoa maior e no pleno exercício dos seus direitos – *mediante a escolha do beneficiário* (ou do seu representante legal, caso o beneficiário ainda seja menor, cfr. o art. 143.º, n.º 1).

Esta é uma novidade de grande relevância, pois reconhece-se ao beneficiário uma possibilidade que no regime anterior nem sequer era ponderada. Contudo, cremos que o princípio do respeito pela autonomia privada e pela vontade do be-

beneficiavam-se terceiros que tivessem “interesse numa gestão prudente do seu património”. Neste sentido, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Breve estudo sobre o regime jurídico da inabilitação*, cit., pp. 114, 117 e 118; entendendo que “[a] interdição e a inabilitação estão longe de proporcionarem boas soluções” e que no regime da inabilitação se dá mais relevância à protecção do património do que à protecção da pessoa do incapaz, JORGE DUARTE PINHEIRO, «As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimimento – a visão do Jurista», cit., p. 32.

¹⁵ Sobre o princípio do “superior interesse do incapaz”, v. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, cit., pp. 443 e ss., onde o autor explica que cabe ao cuidador agir de acordo com o subjectivamente adequado, ou seja, agir conforme os interesses da pessoa protegida, promovendo a sua autodeterminação, por um lado, e assegurando o seu cuidado pessoal e patrimonial, por outro. O autor considera que o respeito pela autonomia do incapaz poderá conduzir, em certos casos, a que “se postergue a função de cuidado”. *Idem*, p. 445.

neficiário, que aqui se manifesta, tem de pressupor que este se encontra em condições de poder escolher. A lei não o refere expressamente, mas cremos que o juiz deverá interpretá-la neste sentido¹⁶.

Uma outra norma que consagra uma solução inspirada na autonomia privada do eventual futuro beneficiário é a consagrada pela nova redacção do art. 156.º. A lei prevê nesta norma a possibilidade de uma pessoa celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento¹⁷. Ou seja, prevendo que, no futuro, irá necessitar de medidas de acompanhamento, como sucede nos casos de diagnóstico de doenças degenerativas, a pessoa, ainda perfeitamente capaz, pode escolher um mandante com vista a acompanhamento, com ou sem poderes de representação. Nos termos do n.º 2 do art. 156.º, este mandato segue as regras gerais, devendo especificar os direitos em causa e o âmbito da eventual representação (caso se trate de um mandato com poderes de representação), bem como quaisquer outros elementos ou condições de exercício. Como não podia deixar de ser, é livremente revogável e mesmo que, no futuro, o mandante já não se encontre em condições de proceder à sua revogação, a cessação do mandato será imposta pelo tribunal quando seja razoável presumir que a vontade do mandante seria a de revogar (art. 156.º, n.º 4). Por outro lado, a existência deste contrato de mandato será tomada em conta pelo tribunal, nomeadamente para a designação do acompanhante e para a definição do âmbito da protecção a

¹⁶ Aliás, o anteprojecto ia neste sentido, pois determinava que o acompanhante era “designado” pelo beneficiário, mas esta escolha estava sujeita a confirmação judicial, “para prevenir abusos e para defender o visado”. V. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, cit., pp. 121, anotação 1 ao art. 143.º.

¹⁷ Uma solução semelhante à consagrada no diploma das Directivas Antecipadas de Vontade (DAV) e do Testamento Vital, em que a pessoa, ainda capaz, escolhe um procurador de cuidados de saúde, ou seja, quem vai decidir no seu lugar no que toca à prestação destes cuidados, quando já não estiver em condições de o fazer por si (cfr. art. 11.º e ss. da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho). Raquel Guimarães afirmava que o primeiro sinal de mudança do regime português das incapacidades surgiu precisamente com a adopção das DAV. V. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, «Este país não é para velhos? A protecção das pessoas maiores incapazes no direito civil português; Perspectivas de evolução», cit., p. 239.

Curiosamente, as DAV são um “documento unilateral e livremente revogável em que uma pessoa maior de idade e capaz, que *não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica*, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente” (art. 2.º, n.º 1, da referida Lei n.º 25/2012). O legislador esqueceu-se de alterar esta norma, apesar de ter alterado o art. 4.º, al b), estabelecendo que podem outorgar um documento de DAV as pessoas que “[n]ão estejam em situação de acompanhamento, caso a sentença que a haja decretado vede o exercício do direito pessoal de testar”. Supomos, assim, que também o art. 2.º, n.º 1, terá de passar a ser interpretado no mesmo sentido.

conceder ao beneficiário; o mandato será, assim, aproveitado, no todo ou em parte, pelo tribunal¹⁸.

Finalmente, nos termos do art. 141.º, n.º 1, têm legitimidade para intentar a acção *o próprio beneficiário* (!), ou, mediante *a sua autorização*, o seu cônjuge, unido de facto ou qualquer parente sucessível. Como vemos, mais uma vez, a lei sublinha aqui a importância de se respeitar a vontade do eventual beneficiário destas medidas de acompanhamento. Em princípio, só com o concurso da sua vontade é que o processo pode ser instaurado. No entanto, caso o maior não esteja em condições de prestar a sua autorização, livre e conscientemente, ou caso exista um outro fundamento atendível, o tribunal pode suprir a sua falta (art. 141.º, n.º 2). É de reter que o Ministério Público não necessita da autorização do beneficiário para requerer o acompanhamento (art. 141.º, n.º 1, *in fine*), o que se explica pelo facto de este possuir competência para zelar pelos interesses dos incapazes e de não possuir outro interesse na acção que não seja a protecção do beneficiário.

À semelhança do regime anterior, o acompanhamento pode ser requerido dentro do ano anterior à maioridade, para produzir efeitos a partir desta (art. 142.º). Neste caso, no entanto, o novo regime não criou uma legitimidade especial (que no regime antigo só existia na pessoa dos progenitores que exercessem as responsabilidades parentais e na figura do Ministério Público), pelo que se lhe aplicará a regra geral. Só que, agora, o tribunal terá de suprir a falta de autorização do menor (que não tem capacidade para a prestar) nos termos já descritos.

2.2. Quem pode ser acompanhante

Como já vimos, em respeito pela vontade do beneficiário, é a este (ou ao seu representante legal, caso ainda estejamos perante um menor) que cabe escolher o seu acompanhante, sendo este designado judicialmente. Contudo, caso este não o

¹⁸ Na versão do anteprojecto, o art. 156.º, n.º 3, dizia expressamente que “[s]endo decretado o acompanhamento, a sentença pode validar, no todo ou em parte, o mandato, sob pena de caducidade”, ou seja, cabia claramente ao tribunal proceder a um controle efectivo do mandato, decidindo pela sua manutenção, alteração ou caducidade, averiguando se este era do seu interesse, pois o anteprojecto considerava haver “riscos sérios” de “nas primeiras fases da demência” o beneficiário poder ser influenciado, podendo o mandato ser-lhe “subtraído por qualquer familiar ou pessoa próxima, sem fins (totalmente) altruístas”. A solução proposta visava encontrar um equilíbrio entre os interesses do beneficiário e a sua livre autodeterminação (v. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, cit., pp. 128 e 129). A redacção que vingou não é tão assertiva, mas cremos dever ser interpretada igualmente neste sentido, a bem do interesse imperioso do beneficiário. Tudo deverá depender do prudente arbítrio do juiz.

faça, nomeadamente por se encontrar impossibilitado, o n.º 2 do art. 143.º determina que o acompanhamento será deferido, no respectivo processo, à pessoa que melhor salvguarde o interesse imperioso do beneficiário. A norma elenca, de forma não taxativa (como pode verificar-se pelo “designadamente”) uma série de pessoas que poderão ser designadas acompanhantes. A lei não afirma, como fazia no regime anterior, que a ordem do elenco deve ser respeitada, pois o critério é apenas o de que se designará a pessoa que melhor salvguarde o interesse imperioso do beneficiário.

Assim, poderão ser designados acompanhantes:

a) o cônjuge não separado, judicialmente ou de facto (à semelhança do art. 143.º, n.º 1, al. a), do anterior regime, embora a lei tenha eliminado a menção à culpa na separação de facto);

b) o unido de facto (o que é uma novidade e vem na esteira do reconhecimento de importância social e jurídica às uniões de facto);

c) qualquer dos pais (também a estes podia caber a tutela ou a curatela no regime anterior, embora essa possibilidade viesse elencada apenas em terceiro lugar, depois da pessoa que estes, eventualmente, tivessem designado em testamento ou documento autêntico ou autenticado, o que, manifestamente, não fazia sentido, caso os pais ainda estivessem vivos);

d) a pessoa designada pelos pais ou pela pessoa que exerça as responsabilidades parentais, em testamento ou documento autêntico ou autenticado;

e) os filhos maiores (sendo que no novo regime a lei já não prefere o mais velho aos restantes, pois, como vimos, o critério da escolha é apenas o da pessoa que melhor salvguarde o interesse imperioso do beneficiário);

f) qualquer dos avós (o que também é uma novidade);

g) a pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado (como lares de idosos, etc.);

h) o mandatário a quem o acompanhado tenha conferido poderes de representação (respeitando-se a escolha prévia do beneficiário, feita num momento em que este, de forma consciente, prevendo a possibilidade de posteriormente vir a necessitar de medidas de acompanhamento, tenha designado um mandatário para este efeito, nos termos que vimos *supra*);

i) outra pessoa idónea (caso nenhuma das pessoas elencadas acima possa ou deva exercer o cargo).

O art. 143.º, n.º 3, ainda prevê a possibilidade de serem designados vários acompanhantes com diferentes funções, o que é, também, uma novidade¹⁹, especificando-se as atribuições de cada um.

O cônjuge, os ascendentes e os descendentes não podem escusar-se ou ser exonerados das suas funções como acompanhantes (art. 144.º, n.º 1), mas os descendentes podem ser exonerados ao fim de cinco anos, a seu pedido, se houver outros descendentes idóneos para assumir o cargo em seu lugar, tal como já sucedia no regime anterior. No entanto, é de questionar por que razão a lei não colocou o unido de facto na mesma situação do cônjuge (já que o fez relativamente à possibilidade de o unido de facto vir a ser designado acompanhante). Possivelmente, a lei terá considerado que os laços que unem os unidos de facto não são tão fortes como os que unem os cônjuges: os primeiros não assumiram, como os segundos, um estatuto que os obriga a colaborar entre si e a entreatujadar-se (cfr. o dever de cooperação dos cônjuges, previsto nos arts. 1672.º e 1674.º). Daí que os unidos de facto possam assumir o papel de acompanhantes se quiserem, mas não possam ser obrigados a fazê-lo. Não deixa de ser algo estranho, apesar de tudo, que a lei atribua ao unido de facto a possibilidade de ser designado acompanhante – reconhecendo que as uniões de facto se têm tornado cada vez mais frequentes e assumido uma importância crescente nas relações sociais – mas não lhe atribua as correspondentes obrigações... Assim, o unido de facto (tal como as restantes pessoas elencadas no art. 143.º) pode pedir escusa com os fundamentos previstos no art. 1934.º ou ser substituído, a seu pedido, ao fim de cinco anos (art. 144.º, n.º 3).

2.3. Medidas de acompanhamento previstas na lei e poderes/deveres do acompanhante

Vejamos agora em que podem consistir as medidas de acompanhamento elencadas no art. 145.º.

O n.º 1 reforça o princípio de que parte a lei e que é o princípio do respeito, na medida do possível, pela autonomia privada e pela vontade do beneficiário, ao determinar que o acompanhamento se limita ao necessário. Assim, o juiz não está limitado ao que tiver sido pedido na acção, estabelecendo em cada caso concreto, de acordo com a situação do beneficiário, uma *ou mais* das medidas previstas.

¹⁹ Embora, no regime anterior, pudesse ser cumulada com a tutela ou a curatela uma administração de bens, não podia haver vários tutores ou curadores.

Assim, nos termos da al. a), o juiz pode cometer ao acompanhante o exercício das responsabilidades parentais (ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias) do beneficiário, caso este não esteja em condições de as exercer por si, sendo, por isso, de pleno direito inibido do seu exercício, cfr. a nova redacção do art. 1913.º, n.º 1, al. b).

A al. b) prevê a possibilidade de o juiz atribuir ao acompanhante o regime de representação geral – caso em que o acompanhante é um representante legal do beneficiário, substituindo-o na celebração de todos os negócios jurídicos da sua vida corrente, à semelhança do tutor no anterior regime da interdição – ou de representação especial – em que o acompanhante apenas substituirá o beneficiário na realização de determinados negócios ou actos, que a sentença especificará expressamente, o que significa que o beneficiário poderá actuar livremente no que toca aos remanescentes. Se for cometida ao acompanhante a representação legal do beneficiário, aplicam-se, *mutatis mutandis*, as regras da tutela (cfr. art. 145.º, n.º 4), podendo o tribunal dispensar a constituição do conselho de família.

A al. c) prevê a possibilidade de ser cometida ao acompanhante a administração total ou parcial de bens do beneficiário, aplicando-se, com as devidas adaptações, as regras previstas para os menores nos arts. 1967.º e ss. (cfr. art. 145.º, n.º 5). O anteprojecto explica que a inserção da figura da “administração de bens pode ser útil quando esteja em causa a gestão complexa de patrimónios”²⁰.

De todo o modo, quaisquer actos de disposição de bens imóveis²¹ necessitam de autorização judicial prévia e específica²² (cfr. o n.º 3 do art. 145.º).

²⁰ V. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, cit., p. 123, anotação 3 ao art. 145.º.

²¹ Esta solução é uma novidade, pois no regime anterior não se distinguia entre bens imóveis ou móveis. O representante legal do incapaz, devido às remissões legais feitas para o regime da menoridade pelos arts. 139.º e 156.º, tinha de requerer a autorização do Ministério Público (e já não do tribunal, por força dos arts. 1.º, 2.º, n.º 1, al. b), 4.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro), para poder realizar os actos previstos no art. 1889.º, nomeadamente, para alienar ou onerar (quaisquer) bens, salvo tratando-se de alienação onerosa de coisas susceptíveis de perda ou deterioração (v. art. 1889.º, n.º 1, al. a)). No actual regime jurídico caíram as remissões legais para o regime da menoridade, ou seja, o maior acompanhado não é equiparado ao menor, pelo que as normas referidas já não se aplicam.

²² Como explicámos na nota anterior, apesar de o Código Civil manter a designação do tribunal no art. 1889.º (e ss.), o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, veio deslocar várias das competências do tribunal para o Ministério Público, estabelecendo o art. 16.º deste diploma que as referências efectuadas à competência dos tribunais judiciais nesta matéria se consideram efectuadas ao Ministério Público, ainda que a letra das normas (como as referidas no CC) não tenha sido alterada. Assim, apesar de a Lei n.º 49/2010, de 14 de Agosto, que aprovou o regime do maior acompanhado, ter mantido no

A al. d) prevê a possibilidade de o juiz cometer ao acompanhante a autorização prévia para a prática de determinados actos ou categorias de actos. Ou seja, esta alínea permite criar um acompanhamento que se assemelha ao anterior regime da inabilitação, pois o acompanhante vai actuar ao lado do beneficiário, autorizando previamente que este celebre, por acto próprio, os negócios previstos na sentença e que estarão sujeitos a este regime.

Finalmente, numa categoria residual que permitirá abranger casos não previstos nas soluções anteriores, a al. e) prevê que o juiz possa cometer ao acompanhante outro tipo de intervenções, devidamente explicitadas, de acordo com as necessidades do beneficiário em concreto²³.

Como vemos, o desenho legal é bastante flexível. Apesar de nos encontrarmos num regime monista, o juiz tem uma grande margem de manobra, podendo, até, criar medidas não previstas nas als. a) a d), com base na categoria residual da al. e). Isto permitir-lhe-á ir ao encontro das reais necessidades de protecção e de acompanhamento do beneficiário. Em casos mais graves, justificar-se-á a atribuição de um regime de representação legal geral, em que o beneficiário não poderá dispor dos seus bens, nem administrá-los; em casos medianos, poderá justificar-se uma representação especial (em que o acompanhante substituirá o beneficiário na celebração de negócios de administração e de disposição de apenas certos bens, ficando os restantes, por exemplo, sujeitos à sua autorização prévia, conjugando-se as als. b) e d); em casos menos graves, poderá ser apenas aplicada a medida prevista na al. d), podendo o beneficiário necessitar da autorização do acompanhante apenas para actos de disposição de bens (mas podendo realizar negócios de mera administração por si, sem qualquer acompanhamento), etc.

Contudo, como vimos, não deixa de ser um pouco vago: agora, o acompanhante pode possuir muitas prerrogativas diferentes, o que pode tornar difícil controlar, na prática, o funcionamento desta figura, comprometendo o princípio da segurança jurídica. No regime anterior, eram claros quais os poderes do tutor ou do curador. As duas figuras estavam bem delimitadas. Agora, temos uma única fi-

texto do CC a necessidade de autorização judicial, alterou também o Decreto-Lei n.º 272/2001, incluindo no art. 2.º, n.º 1, al. b), a “[a]utorização para a prática de atos pelo representante legal do menor *ou do acompanhante*, quando legalmente exigida”, deixando claro que esta competência pertence ao Ministério Público.

²³ Por exemplo, “o acesso a informação bancária, a intervenção para certas operações bancárias ou mobiliárias e a guarda de objetos valiosos ou preciosos”. V. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, cit., p. 123, anotação 4 ao art. 145.º.

gura, o acompanhante, que pode corresponder àquilo que antes era um tutor, ou um curador ou a nenhum dos dois. Sem que a contraparte veja o que ficou decidido na sentença, esta dificilmente saberá com o que conta... Em última análise, será a realidade prática a mostrar-nos se estes receios são infundados.

De todo o modo, o acompanhante tem o dever de cuidar do bem-estar do beneficiário e deve privilegiar a sua recuperação (se possível), usando da diligência de um bom pai de família na concreta situação em causa (art. 146.º, n.º 1). Para tanto, deve manter um contacto permanente com o beneficiário. A lei estabelece que este contacto deverá ser, no mínimo, mensal, mas permite que o tribunal estabeleça outra periodicidade que considere mais adequada ao caso (art. 146.º, n.º 2).

Além disso, o acompanhante não pode actuar em conflito de interesses com o acompanhado (art. 150.º, n.º 1), sob pena de o acto praticado ser anulável nos mesmos termos do regime do negócio consigo mesmo (art. 261.º, *ex vi* do art. 150.º, n.º 2). Em caso de necessidade, o acompanhante sempre poderá requerer ao tribunal as medidas convenientes ou a devida autorização para praticar o acto de forma válida (art. 150.º, n.º 3). Esta é, também, uma novidade, uma solução de aplaudir, que protege os interesses do beneficiário sem atar as mãos do acompanhante. Resta perguntarmo-nos quem terá legitimidade para anular os negócios celebrados em conflito de interesses. Visto a lei ser omissa, tudo dependerá da concreta situação do beneficiário. Se possuir capacidade de facto para o fazer por si (se não tiver sido decretada uma medida de representação, por exemplo), a legitimidade pertencer-lhe-á, mas não excluimos a possibilidade de este poder requerer ao Ministério Público que o faça (atendendo ao facto de a sua capacidade, de facto, poder encontrar-se diminuída e de a actuação do Ministério Público poder suprir esta falha). Caso tenha sido atribuída ao acompanhante uma representação geral, supomos que o beneficiário desta medida sofrerá de uma incapacidade de facto de cuidar dos seus interesses, pelo que terá de ser o Ministério Público a fazê-lo, de moto próprio (se, naturalmente, tiver conhecimento da situação em causa) ou a pedido de quaisquer das pessoas referidas no art. 141.º.

Finalmente, a lei esclarece que as funções do acompanhamento são gratuitas, sem prejuízo da alocação de despesas, consoante a condição do acompanhado e a do acompanhante (art. 151.º, n.º 1). O acompanhante verá ainda a sua actuação ser escrutinada pelo tribunal, a quem prestará contas na pendência do acompanhamento, se o tribunal assim o determinar; caso contrário, apenas quando cessarem as suas funções (art. 151.º, n.º 2).

2.4. Os direitos pessoais do maior acompanhado

Uma diferença de monta relativamente ao regime anterior é a que diz respeito aos direitos pessoais.

Os negócios estritamente pessoais, como o casamento, o testamento e a perfilhação, exigem capacidade negocial de gozo²⁴. Ora, no regime anterior, não possuíam capacidade negocial de gozo para casar, nos termos da anterior redacção do art. 1601.º, al. b), os interditos e os inabilitados com fundamento em anomalia psíquica e quem sofresse de demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos. Não possuíam capacidade negocial de gozo para perfilhar, nos termos da redacção anterior do art. 1850.º, os interditos por anomalia psíquica e os notoriamente dementes no momento da perfilhação²⁵. Não possuíam capacidade negocial de gozo para testar os interditos por anomalia psíquica (v. anterior redacção do art. 2189.º, al. b), e art. 2188.º)²⁶.

No actual regime, a lei parte do princípio de que o beneficiário tem capacidade negocial de gozo para celebrar negócios estritamente pessoais e para cuidar da sua vida pessoal, exercendo por acto próprio os seus direitos pessoais²⁷. Assim, o art. 147.º, n.º 1, estabelece que apenas em caso de a sentença da decisão de acompanhamento determinar o contrário é que o beneficiário não poderá casar, testar, perfilhar, exercer outros direitos pessoais ou celebrar *negócios da sua vida corrente*. Portanto, o novo regime determina, em regra, a validade dos negócios da vida corrente realizados pelo beneficiário, sem exigir os pressupostos que eram exigidos pelo anterior regime: que o negócio estivesse ao alcance da sua capacidade natural

²⁴ Sendo esta, assim, a idoneidade de adquirir ou exercer direitos ou de assumir e cumprir obrigações por acto próprio e com eficácia jurídica no âmbito de negócios estritamente pessoais, como sendo o casamento, a perfilhação e o testamento, em que a pessoa não se pode fazer substituir, pelo que a sua falta é insuprível. Sem esta, há uma proibição absoluta de celebração destes negócios, pelo que a pessoa não pode tornar-se titular destes direitos. Cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, pp. 309 a 311 e 315 a 316.

²⁵ Já os inabilitados podiam perfilhar sem necessitar de autorização prévia do curador, cfr. o art. 1850.º, n.º 2.

²⁶ A este respeito v., por todos, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 240.

²⁷ O anteprojecto afirma que um dos “objetivos do actual Direito de protecção dos maiores é, precisamente, o reconhecimento da liberdade para a prática de direitos pessoais”, tendo subscrito as correntes doutrinárias de intervenção mínima já referidas nesse sentido e os termos da Convenção de Nova Iorque. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores, cit.*, p. 124, anotação 1 ao art. 147.º.

e que só implicasse despesas de pequena importância (cfr. art. 127.º, n.º 1, al. b), por remissão dos antigos arts. 139.º e 156.º). Em nossa opinião, o anterior regime permitia uma protecção mais efectiva do incapaz, sem lhe retirar a possibilidade de cuidar da sua vida quotidiana. De todo o modo, caso o beneficiário não esteja em condições de celebrar o negócio no momento em que o faz, sempre poderá recorrer subsidiariamente ao regime da incapacidade acidental do art. 257.º, em *ultima ratio*²⁸.

O n.º 2 do novo art. 147.º esclarece sobre o que sejam direitos pessoais, elencando os direitos de casar ou de constituir situações de união de facto, de procriar²⁹, de perfilhar ou de adoptar, de cuidar e de educar os filhos ou os adoptados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. Esta enumeração é exemplificativa, como se deduz da expressão “entre outros”, cabendo aqui, também, por exemplo, decisões sobre intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos, sujeição a exames clínicos, etc.

Esta solução da lei não deixa de nos suscitar reservas. Compreendemos a *ratio legis*: o princípio é o da capacidade e só nos casos extremos em que esta, visivelmente, não exista é que tal deverá ser declarado pelo tribunal. Contudo, esta solução implica que o juiz tenha de se pronunciar especificamente sobre todos os casos em que o beneficiário não possa exercer direitos pessoais. Ora, tal previsão pode ser demasiado difícil e, como a regra é a da capacidade, caso o juiz nada diga, seja por esquecimento ou seja por não se verificar nenhuma situação no momento que exija decisão, o beneficiário poderá ver-se na posição de não conseguir exercer de facto alguns dos direitos para os quais possui capacidade à luz do Direito. Pensemos no exemplo de o beneficiário ser chamado a decidir sobre intervenções cirúrgicas (suas ou dos filhos menores), quando tal não esteja previsto na sentença, mas o beneficiário não seja, efectivamente, capaz de ponderar todos os riscos, efeitos secundários, alternativas médicas, etc. Isto significa que o beneficiário (ou os

²⁸ Neste sentido, embora no regime anterior, permitindo ao incapaz anular, com base no art. 257.º, negócios para os quais tivesse excepcional capacidade nos termos do art. 127.º, aplicável por remissão dos arts. 139.º e 156.º, AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, «Algumas notas sobre os artigos 150.º, 149.º e 147.º do Código Civil», in *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto*, Porto, Universidade Católica Editora, 1998, p. 315. A protecção desta norma, no entanto, é mais reduzida, por atender também aos interesses da contraparte, ao contrário do regime das incapacidades, que defende cegamente os interesses dos incapazes.

²⁹ Sobre o direito à autodeterminação sexual da pessoa deficiente mental, v. ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, «Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova concepção da pessoa com deficiência1», *cit.*, pp. 140 e ss., em especial, pp. 144 e 148 e ss.

seus filhos menores) poderá(ão) ficar desprotegido(s), por ser tratado pela lei como capaz, quando, efectivamente, não o é.

Curiosamente, a lei prevê a situação do internamento do beneficiário. O art. 148.º prevê que o internamento de maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal e que, em caso de urgência, este pode ser requerido pelo acompanhante, sendo mais tarde ratificado pelo juiz. Esta norma faz-nos crer que, afinal, pelo menos nos casos mais graves (como o de internamento), a lei não parte do princípio de que o beneficiário é capaz de decidir por si, pelo contrário³⁰. Além disso, como se trata de uma decisão de foro pessoal, cabe ao juiz decidir (e não ao acompanhante). Cremos que esta norma deverá ser aplicada analogicamente, pelo menos, nas situações graves relativas à saúde do beneficiário, para as quais este não possua, de facto, capacidade.

2.5. *A invalidade dos actos praticados pelo maior acompanhado*

Quando o beneficiário pratique um acto em desrespeito pelas medidas de acompanhamento decretadas na sentença, o seu acto será anulável, desde que este seja posterior ao registo do acompanhamento (art. 154.º, n.º 1, al. a)).

Pode, no entanto, suceder que o acto tenha sido praticado antes da decisão do juiz, mas depois de instaurado o respectivo processo judicial. Neste caso, o acto será igualmente anulável, mas apenas após a decisão final, desde que o início do processo tenha sido já anunciado e o acto tenha causado prejuízo ao beneficiário, nos termos do art. 154.º, n.º 1, al. b). A lei não define o que seja “prejuízo”, mas podemos lançar mão da doutrina que tratava deste conceito ainda no âmbito do regime anterior e entender prejuízo como “uma desvantagem patrimonial em termos objectivos (p. ex. doação, negócios com prestações não equivalentes”, a avaliar de acordo com “a situação e as virtualidades (prejuízo oculto ou latente!) criadas no próprio momento da conclusão do negócio”³¹.

³⁰ O anteprojecto explica que o regime legal foi cauteloso para protecção do próprio beneficiário, que poderia ser levado a pedir um internamento não necessário, mas conveniente para os familiares. Também era prevista a necessidade de autorização expressa do tribunal para os casos de aplicação de medidas anti-concepcionais, como a esterilização compulsória. A anotação 2 ao art. 148.º referia que esta só podia ser considerada quando pudesse estar em causa uma gravidez inconsciente ou de risco, mediante estrita vigilância do juiz. V. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, cit., pp. 124 e 125.

³¹ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 336. Igualmente no sentido de que “o prejuízo deve aferir-se relativamente ao momento da conclusão

A primeira questão que esta norma levanta tem que ver com a publicidade a dar ao início do processo de acompanhamento. Ao contrário do regime anterior, que determinava que a proposição da acção era anunciada nos termos da lei de processo (cfr. anterior redacção do art. 149.º, n.º 1), o que garantia uma publicidade mínima, permitindo aos interessados ter acesso a esta informação, no novo regime, o art. 153.º, n.º 1, estabelece que será o tribunal a determinar, em cada caso, qual a publicidade a dar, devendo esta limitar-se ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros³². Pode, assim, suceder que o juiz entenda não ser necessária, sequer, publicidade alguma no caso concreto e, mais tarde, terceiros venham a negociar com o futuro acompanhado, desconhecendo o facto de estar em curso um processo de acompanhamento. Pede-se, por isso, cautela. Entende-se o escopo da norma: evitar ferir a susceptibilidade do futuro beneficiário, ao permitir que a publicidade seja mínima (ou até inexistente). Mas tal facto pode gerar prejuízos na esfera patrimonial do futuro beneficiário, se ele praticar actos que depois não se possam anular por não ter existido a publicidade prevista no art. 154.º, n.º 1, al. b).

Por outro lado, a norma do actual art. 154.º, n.º 1, al. b), aproxima-se da prevista na anterior redacção do art. 149.º, em que se estabelecia que os actos praticados pelo incapaz no decurso da acção (depois dos respectivos anúncios, mas antes da decisão final) eram anuláveis, desde que a interdição (ou inabilitação) viesse a ser definitivamente decretada no final do processo e se mostrasse que o negócio tinha causado prejuízo ao incapaz³³.

Na altura, a lei acrescentava no n.º 2 que o prazo dentro do qual a acção de anulação devia ser proposta só começava a contar-se a partir do registo da sen-

do negócio", CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 238, e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 356.

³² Na anotação 2 ao art. 153.º, o anteprojecto refere a possibilidade de o juiz, com discricção, dar ordens a instituições de crédito, intermediários financeiros ou a conservatórias de registo (estas hipóteses vieram a ser consagradas na nova redacção do art. 894.º do Código de Processo Civil – CPC –, dada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto); sugere, ainda a criação de um sítio, no Ministério da Justiça, onde fossem publicadas as situações ou algumas delas. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, cit., p. 127. Assim, a Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, alterou o art. 893.º do CPC, estabelecendo que “pode determinar-se a publicação de anúncios em sítio oficial, a regulamentar por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”.

³³ Entendendo na altura que a “exigência da publicidade da acção de interdição visa a protecção de terceiros, prevenindo-os contra uma eventual anulação dos actos do interditando”, podendo estes assim “contratar em termos que evitem prejuízos”, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 337.

tença, no entanto, a norma não esclarecia que prazo era este: o prazo geral do art. 287.º, n.º 1 (um ano a contar da cessação do vício³⁴), ou o prazo de um ano a contar do conhecimento da celebração do negócio por parte do tutor ou curador³⁵ (previsto no art. 125.º, n.º 1, al. a), a aplicar, *mutatis mutandis*, aos casos de actos realizados após o registo da sentença por remissão dos arts. 139.º e 156.º³⁶). Ora, o legislador podia ter aproveitado para esclarecer esta dúvida, mas não o fez. O actual art. 154.º, n.º 2, limita-se a reproduzir o antigo art. 149.º, n.º 2.

No regime anterior, visto estarmos já perante o decurso de um processo de interdição ou de inabilitação, que conduzia, a final, à aplicação de uma medida restritiva da capacidade, sendo aplicáveis as normas da menoridade por remissão dos arts. 139.º e 156.º, com as devidas adaptações, defendíamos que devia interpretar-se o art. 149.º, n.º 2, no sentido de o prazo aqui referido ser o prazo do art. 125.º, n.º 1, al. a), ou seja, um ano a contar do conhecimento do negócio por parte do tutor ou do curador³⁷. Esta solução seria aquela que mais beneficiaria o incapaz, pois permitiria ao seu representante legal (ou assistente), anular o negócio durante mais tempo. A aplicação da regra geral do art. 287.º, n.º 1, poderia dar azo à desprotecção do incapaz: prevendo o prazo de um ano a contar da cessação do vício e sendo este o vício da incapacidade, o vício cessaria no momento em que o incapaz passasse a estar legalmente representado, ou seja, no momento da sentença que decretava a interdição ou a inabilitação e determinava o respectivo tutor ou curador. Ora, tal significa que podia suceder que, quando o tutor tomasse conhecimento da celebração do negócio, o prazo de anulação podia ter já decorrido, em desfavor dos interesses do incapaz.

Esta solução interpretativa torna-se extremamente difícil de fazer no actual regime, uma vez que o legislador não equiparou o interdito ao menor (nem estabeleceu uma norma remissiva semelhante ao anterior art. 156.º, que mandava aplicar à inabilitação as regras da interdição, com as devidas adaptações, em tudo o que não estivesse especialmente regulado). Assim, perguntamo-nos não só qual é

³⁴ Como considerava HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 337.

³⁵ Neste sentido, embora sem referir a base legal para esta solução, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 238, n. 264; igualmente, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 356.

³⁶ Neste sentido, AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, «Algumas notas sobre os artigos 150.º, 149.º e 147.º do Código Civil», cit., p. 312, e JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *Parte Geral*, Lisboa Quid Juris, 2011, pp. 171 e 172.

³⁷ No mesmo sentido, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Breve estudo sobre o regime jurídico da inabilitação*, cit., pp. 131 e 132.

o prazo para a anulação dos negócios celebrados durante o decurso da acção de acompanhamento, mas também qual é o prazo para a anulação dos actos praticados pelo maior acompanhado após o registo da sentença. O novo regime é perfeitamente omissivo a este respeito. Tal faria com que tivéssemos de aplicar o regime-regra do art. 287.º. Contudo, esta solução não se adequa às necessidades de protecção do beneficiário, como vimos. Logo, cremos que deve afastar-se a regra geral, que não foi pensada para estes casos, e concluir-se pela existência de uma lacuna.

Ora, nos termos do art. 10.º, n.º 1, havendo um caso omissivo, deve aplicar-se a solução legal do caso análogo. O caso análogo é o da incapacidade por menoridade e, como vimos, faz sentido aplicar aqui o regime previsto no art. 125.º, n.º 1, al. a). É a solução que melhor se compagina com os interesses e as necessidades de protecção do maior acompanhado. De todo o modo, este prazo (de um ano a contar do conhecimento) não começará a correr enquanto a sentença não for registada, como determina a nova redacção do art. 154.º, n.º 2, visto só nesta altura este poder actuar, uma vez que a sua legitimidade dela resulta.

Pode, ainda, suceder que o acto tenha sido praticado antes do anúncio do início do processo. Neste caso e tal como sucedia no regime anterior, aplica-se o regime da incapacidade acidental por remissão do actual art. 154.º, n.º 3, ou seja, o acto será anulável nos termos do art. 257.º. Assim, têm de estar preenchidos pressupostos tanto do lado do declaratário como do lado do declarante. O pressuposto do lado do declarante exige que o eventual beneficiário se encontre acidentalmente incapacitado de entender o sentido da declaração negocial que fez ou não tenha o livre exercício da sua vontade³⁸. Do lado do declaratário e para promover um equilíbrio entre os interesses das partes (visto que não existia publicidade e o declaratário podia não saber que lidava com alguém que potencialmente seria declarado beneficiário de medidas de acompanhamento), esta incapacidade terá de ser notória ou conhecida do declaratário (caso em que este não mereceria protecção: ou porque sabia da incapacidade; ou porque tinha o

³⁸ Ao abrigo do regime anterior, tendo a sentença fixado a data em que começou a incapacidade natural (nos termos do CPC), e caso esta data fosse anterior à data da celebração do negócio, entendiam Antunes Varela e Pires de Lima que existia “uma forte presunção de que o negócio foi celebrado por pessoa incapacitada de entender o sentido da declaração negocial ou privada do livre exercício da sua vontade”. V. ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 156. Esta solução pode aplicar-se também no regime do maior acompanhado, desde que a sentença de acompanhamento fixe “a data a partir da qual as medidas decretadas se tornaram convenientes”, nos termos do art. 900.º, n.º 1, do CPC, na redacção da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

dever de conhecer a sua existência, já que a lei define, no n.º 2 da norma, que o “facto é notório, quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar”³⁹.

Tal como sucedia no regime anterior, mais uma vez, a lei é omissa quanto ao prazo e à legitimidade para a anulação destes actos, pelo que seria de aplicar o prazo geral previsto no art. 287.^º⁴⁰. Contudo, visto que já nos encontramos no âmbito do regime do maior acompanhado (já foi intentada uma acção), faz sentido recorrer-se às mesmas normas cuja aplicação defendemos em caso de actos realizados após o anúncio da acção ou após o registo da sentença: será o acompanhante quem terá legitimidade para intentar a acção de anulação, no prazo de um ano a contar do conhecimento do negócio. Caso o acompanhante tenha tido conhecimento da celebração do negócio antes da sentença, este prazo (de um ano a contar do conhecimento) não começará a correr enquanto a sentença não for registada, nos termos da nova redacção do art. 154.º, n.º 2⁴¹.

Já não poderá ser assim caso estejamos perante um acto praticado pelo futuro beneficiário ainda antes de ter sido intentada acção alguma. Neste caso (tal como sucede nos casos em que uma pessoa se encontra diminuída na sua capacidade de facto, mas não chega, sequer, a ser intentada nenhuma acção), o negócio será anulável pela aplicação directa do regime da incapacidade accidental (e não pela remissão operada pelo art. 154.º, n.º 3). Deste modo, não podemos recorrer ao regime do maior acompanhado, tendo de nos socorrer do regime geral do art. 287.º, n.º 1. Ora, o prazo será o prazo de um ano a contar da cessação do vício, mas, agora,

³⁹ O requisito da notoriedade ou cognoscibilidade da incapacidade accidental visa, portanto, proteger os interesses da contraparte do beneficiário e a segurança do tráfico jurídico. Caso esta esteja de boa fé (não conhecia nem tinha como conhecer a incapacidade accidental), o negócio não será anulável. Não basta a prova da incapacidade. V., quanto ao regime anterior, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 347.

⁴⁰ Neste sentido e criticando esta solução por entender que o vício nunca cessava, pelo que o negócio se mantinha anulável em detrimento das exigências de segurança do tráfico jurídico negocial, AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, «Algumas notas sobre os artigos 150.º, 149.º e 147.º do Código Civil», cit., pp. 304 e ss. O autor defendia, então, que se aplicasse analogicamente aos casos previstos no art. 150.º o prazo do art. 149.º, n.º 2 (um ano a contar do registo da sentença). Todavia, entendia que, caso não tivesse sido intentada nenhuma acção de restrição de capacidade, teria de se recorrer ao regime geral (arts. 257.º e 287.º) na íntegra. Já Carvalho Fernandes defendia a aplicação do prazo de um ano a contar do conhecimento do tutor nos casos do antigo art. 150.º, mas não indica o fundamento legal para esta solução. Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 355.

⁴¹ Neste sentido, no regime anterior, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Breve estudo sobre o regime jurídico da inabilitação*, cit., pp. 126 a 129. Como defendemos a aplicação do regime da menoridade por analogia na questão da legitimidade e prazos, e o art. 125.º, n.º 1, 1.ª parte, remete para o art. 287.º, n.º 2, os negócios ainda não cumpridos são anuláveis sem dependência de prazo.

o vício não cessa, pois, se não chegar a ser intentada a acção, a pessoa não verá designado um acompanhante. Caso a acção venha a ser intentada, o vício cessará no momento em que este seja designado, caso em que possuirá legitimidade para intentar a acção de anulação do referido acto. Caso a acção de acompanhamento nunca venha a ser intentada e, portanto, ninguém possa intentar a acção de anulação do acto do maior (aqui não acompanhado, embora devesse sê-lo), caberá ao Ministério Público fazê-lo, uma vez que este está estatutariamente vocacionado para tutelar os incapazes (art. 3.º, n.º 1, al. a), do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro) e os deve representar em juízo, intentando qualquer acção necessária à tutela dos seus direitos e interesses (art. 23.º, n.º 1, do CPC).

Resta explicar qual o valor jurídico dos actos celebrados pelo beneficiário quando forem praticados depois da sentença, mas antes do seu registo. À semelhança do que sucedia no regime anterior, o art. 153.º, n.º 2, manda aplicar à sentença de acompanhamento o disposto nos arts. 192.º-B e 192.º-C.

Assim, nos termos destas normas, as decisões de acompanhamento têm de ser registadas na conservatória do registo civil. Sem o referido registo, não podem ser invocadas contra terceiro de boa fé. Tal significa que, caso um acto seja praticado pelo (já) beneficiário depois da sentença mas antes do seu registo, estando a contraparte de boa fé (portanto, ignorando que negociava com um maior acompanhado), tudo se passa entre as partes como se a sentença não existisse, ou seja, terá de se aplicar o regime previsto na lei para o decurso da acção (cfr. o art. 154.º, n.º 1, al. b), e n.º 2); caso a contraparte esteja de má fé (caso saiba da existência da sentença ou tenha o dever de a conhecer), aplica-se o regime previsto na lei para após o registo da sentença (o art. 154.º, n.º 1), pois, apesar de a publicidade não ter sido feita, a contraparte não merece (nem, normalmente, necessita de) protecção.

Acresce, finalmente, dizer que, em *ultima ratio*, sempre se poderá lançar mão do regime da incapacidade acidental, visto esta norma geral ser aplicável em qualquer situação, desde que preenchidos os seus pressupostos^{42/43}.

⁴² Relativamente ao regime anterior, defendendo a aplicação subsidiária do art. 257.º ao lado dos antigos arts. 142.º e 149.º, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 337.

⁴³ Embora relativamente ao regime anterior, igualmente no sentido de o regime do decurso da acção não precluir a aplicação do art. 257.º, uma vez que as normas são simplesmente diferentes, possuindo diferentes pressupostos, AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, «Algumas notas sobre os artigos 150.º, 149.º e 147.º do Código Civil», *cit.*, pp. 307 e ss.

2.6. Remoção e exoneração do acompanhante; revisão, modificação e cessação do acompanhamento

A lei determina que o acompanhamento tem de ser revisto pelo tribunal, de acordo com a periodicidade prevista na sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos (art. 155.º). Esta revisão pode dar azo à cessação ou modificação do acompanhamento nos termos do art. 149.º, mediante o reconhecimento de que as causas que o justificaram cessaram ou se modificaram. O tribunal pode, até, retroagir a cessação ou modificação do acompanhamento à data em que estas causas cessaram ou se modificaram de facto. Mas esta modificação ou cessação do acompanhamento pode ainda partir da iniciativa das pessoas previstas no art. 141.º, não sendo necessário esperar pela revisão periódica, ou seja, o próprio acompanhado tem legitimidade para requerer a cessação ou modificação do acompanhamento (cfr. arts. 149.º, n.º 3, e 141.º, n.º 1), solução que, aliás, também se contemplava no regime anterior.

Independentemente desta possibilidade, mesmo mantendo-se a medida de acompanhamento decretada, pode justificar-se a remoção e a exoneração do acompanhante designado inicialmente. A lei manda aplicar para este efeito as normas dos arts. 1948.º e 1950.º, *mutatis mutandis*. Assim, o acompanhante que falte ao cumprimento dos seus deveres ou se revele inapto para o exercício destas funções (bem como aquele que supervenientemente venha a constituir-se numa das situações que impediriam a sua nomeação) poderá ser removido do cargo. Por outro lado, nos termos do art. 152.º, o acompanhante também poderá ser exonerado das suas funções a seu pedido, se sobrevier alguma das causas de escusa (previstas no art. 1934.º, *ex vi* do art. 144.º, n.º 3) ou ao fim de três anos, caso tenha aceitado o cargo, embora tivesse fundamento para dele se escusar, desde que a causa da escusa ainda subsista.

2.7. Aplicação da lei nova aos anteriores casos de interdição e inabilitação

Resta saber o que sucede aos casos de interdição e de inabilitação decretados antes da entrada em vigor do novo regime jurídico, bem como aos casos pendentes.

O art. 26.º, n.º 1, da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, determina que o novo regime tem aplicação imediata aos processos de interdição e de inabilitação pendentes à data da sua entrada em vigor. O juiz procederá às necessárias adaptações (cfr. art. 26.º, n.º 2).

Quanto às interdições decretadas antes da entrada em vigor da nova lei, o art. 26.º, n.º 4, manda aplicar, igualmente, o regime do maior acompanhado, passando o anterior tutor a acompanhante com poderes gerais de representação; adicionalmente, o juiz poderá autorizar a prática de actos pessoais, directa e livremente, mediante requerimento justificado (cfr. art. 26.º, n.º 5).

No caso das inabilitações decretadas antes da entrada em vigor da nova lei, o art. 26.º, n.º 6, também manda aplicar o regime do maior acompanhado, passando o curador a acompanhante e cabendo-lhe autorizar os actos que antes eram submetidos à sua aprovação.

Em suma, os anteriores tutores e curadores passam a ser acompanhantes, aplicando-se-lhes o novo regime; este acompanhamento pode ser revisto a pedido do beneficiário, do acompanhante ou do Ministério Público (cfr. art. 26.º, n.ºs 7 e 8).

3. Conclusão

O novo regime jurídico do maior acompanhado, que substituiu os regimes da interdição e da inabilitação, vem ao encontro da evolução actual, no sentido de se reconhecer um maior respeito pela autonomia dos particulares mais vulneráveis, por um lado, e no sentido de dar resposta aos casos em que a pessoa se vê confrontada com a diminuição das suas capacidades em razão da sua idade, por outro, num país como o nosso, que segue a tendência ocidental de aumento da esperança média de vida.

As soluções que apresenta são, em geral, razoáveis e flexíveis, aproveitando, em alguma medida, soluções do regime anterior. Contudo, por um lado, a lei não aproveitou para esclarecer algumas dúvidas suscitadas por este regime; por outro, o facto de a lei ter eliminado a equiparação do interdito ao menor e as normas remissivas dos regimes de incapacidade dos maiores para o regime-base da menoridade criou uma lacuna potencialmente desastrosa e que é preciso, agora, colmatar.

Por fim, cremos que o legislador não quis chamar “incapaz” ao beneficiário de medidas de acompanhamento, ainda que este o seja de facto. Daí a utilização da designação “maior acompanhado”, politicamente mais correcta e, sem dúvida, simpática. Mas, na verdade, sabe-nos a eufemismo. É certo que este regime pretende agregar todos os casos de maiores que necessitam de protecção e que tal significa que alguns destes maiores poderão possuir apenas uma capacidade diminuída. Mas

muitos outros serão, realmente, *incapazes* de cuidar da sua pessoa e de gerir os seus bens e tal será atestado pela sentença, quando esta estabelecer medidas de acompanhamento mais fortes (como a representação geral).

Compreende-se que a lei queira evitar a “rotulagem” das pessoas, mas não podermos usar com propriedade uma designação clássica (“incapaz”) é algo desconcertante. Principalmente porque é difícil proteger alguém se não assumirmos a necessidade de protecção de que esta pessoa carece. Por isso, cremos que temos de continuar a falar de “incapacidades”, apesar de, no caso dos maiores acompanhados, esta já não ser, *a priori*, uma incapacidade geral, mas apenas aquela que a sentença determinar⁴⁴.

⁴⁴ Raquel Guimarães adverte que cabe à prática judiciária a responsabilidade de moldar as medidas previstas a cada caso concreto “e resistir à tentação de criar, fora da lei, dois ou três regimes-padrão a que se reconduzam toda uma miríade de casos particulares”. V. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, «Este país não é para velhos? A protecção das pessoas maiores incapazes no direito civil português; Perspectivas de evolução», *cit.*, p. 246.



Universidade do Minho
Escola de Direito



TÍTULO

TEMAS DE DIREITO E BIOÉTICA VOL. I - NOVAS QUESTÕES DO DIREITO DA SAÚDE

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Benedita Mac Crorie | Miriam Rocha | Sónia Moreira

AUTORES

Anabela Susana de Sousa Gonçalves | Benedita Mac Crorie | Cristina Dias | Diana Coutinho | M^a Olaya Godoy | Miriam Rocha
Margarida Santos | Maria João Vasconcelos | Maria Raquel Guimarães | Roberto Andorno | Rute Teixeira Pedro | Sónia Moreira

DATA

Dezembro de 2018

EDIÇÃO

DH-CII - Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar
JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação (www.jusgov.uminho.pt)
Escola de Direito da Universidade do Minho (www.direito.uminho.pt)

APOIO

FCT - Fundação para a ciência e a Tecnologia

ISBN DIGITAL

978-989-54032-6-4