



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**O Acesso à Procriação Medicamente Assistida por Casais de Homens
ou por qualquer Homem, Independentemente do Estado Civil e da
respectiva Orientação Sexual**

RAFAELA BRAGA DELMÁS DE LIMA

Lisboa, Maio de 2023.



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**O Acesso à Procriação Medicamente Assistida por Casais de Homens
ou por qualquer Homem, Independentemente do Estado Civil e da
respectiva Orientação Sexual**

RAFAELA BRAGA DELMÁS DE LIMA

Dissertação de Mestrado em Direito e
Ciência Jurídica, com menção em Direito
Civil, apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, sob a orientação do
Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro.

Lisboa, Maio de 2023.

“Lutar pelo amor é bom, mas alcançá-lo sem lutar é melhor”.
(William Shakespeare)

Agradecimentos

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por todos os ensinamentos e valores passados, tanto academicamente como em minha formação pessoal.

Ao meu orientador Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, por todas as valiosas sugestões, pela disponibilidade, sabedoria, ajuda e incentivo.

Aos meus professores do mestrado, Doutor António Menezes Cordeiro, Doutor Carlos Pamplona Corte-Real e Doutor Rui Pinto, por todo conhecimento transmitido em sala da aula.

Aos meus pais Anita Louise e Wilson Jr., pelo amor incondicional, e por sempre acreditarem e confiarem em mim.

Ao meu irmão Pedro, o melhor que eu poderia ter.

À minha avó Anita, por todo carinho, amor, contribuição acadêmica, e pelo apoio incondicional.

Aos meus avós Wilson e Leda (*in memoriam*), por estarem sempre presentes, de alguma forma, nos momentos mais importantes da minha vida.

Aos meus primos, por toda compreensão e paciência.

A minha tia Rachel, por ser um exemplo de profissional competente, determinada e uma fonte de inspiração diária.

As minhas queridas amigas Giovanna Canellas e Catherine Barros, pela amizade, companheirismo, força e suporte integral.

A todos vocês, meu muito obrigada.

Resumo

O objeto do presente estudo é a investigação do acesso por casais de homens ou por qualquer homem – independente de seu estado civil e respectiva orientação sexual – às técnicas de reprodução medicamente assistida em Portugal. Inicialmente, examina-se os requisitos determinados pela lei de procriação portuguesa acerca dos beneficiários, como a possibilidade de acesso pela família monoparental, a necessidade de união de fato ou de casamento para casais heterossexuais, o acesso irrestrito às mulheres e casais de mulheres, bem como questões relativas à regulamentação da gestação de substituição. Logo após, analisa-se a possibilidade da compatibilidade de acesso pelos homens e casais de homens com a Constituição Portuguesa, tendo como parâmetro os princípios, garantias constitucionais e demais disposições presentes no ordenamento jurídico do país. Em seguida, avalia-se a eficácia da lei ao afastar os homens, nas condições acima estabelecidas, da procriação assistida, através da possibilidade de recurso de tais técnicas no exterior, e o respectivo estabelecimento da filiação da criança nessas condições. Por fim, após breve explanação acerca do estabelecimento da paternidade em Portugal, assim como de um comparativo entre a filiação advinda da procriação assistida com a adoção, pretende-se demonstrar que deve ser permitido o recurso à procriação assistida e à gestação de substituição (instituto necessário para a realização do projeto parental masculino), na lei, aos casais de homens e aos homens, independente do estado civil e orientação sexual.

Palavras-chave

Procriação Medicamente Assistida. Gestação de Substituição. Lei de Procriação Medicamente Assistida. Homens. Filiação.

Abstract

The object of this study is the investigation of access by male couples or by any man – regardless of their marital status and respective sexual orientation – to medically assisted reproduction techniques in Portugal. Initially, the requirements determined by the Portuguese procreation law regarding the beneficiaries are examined, such as the possibility of access by the single parent family, the need for a de fact union or marriage for heterosexual couples, unrestricted access to women and women's couples, as well as issues related to the regulation of surrogacy. After, the possibility of compatibility of access by men and couples of men with the Portuguese Constitution is analyzed, having as a parameter the principles, constitutional guarantees and other provisions present in the legal system of the country. Next, is evaluated the effectiveness of the law in removing men, under the conditions established above, from assisted procreation, through the possibility of resorting to such techniques abroad, and the respective establishment of the child's filiation under these conditions. Finally, after a brief explanation about the establishment of paternity in Portugal, as well as a comparison between the affiliation arising from assisted procreation and that of adoption, it is intended to demonstrate that the use of assisted procreation and surrogacy should be allowed (necessary institute for carrying out the male parental project), by law, to male couples and to men, regardless of marital status and sexual orientation.

Key words

Medically Assisted Procreation. Surrogacy. Medically Assisted Procreation Law. Men.

Filiation.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Art. - Artigo

CAHBI - Ad hoc Committee of experts on Bioethics

CC - Código Civil

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CFM - Conselho Federal de Medicina

Cf. - Conforme

CID - Classificação de Doenças

CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CNPMA - Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

Coord. - Cordenador

CPC - Código de Processo Civil

CP - Código Penal

CRC - Código do Registro Civil

CRM - Conselho Regional de Medicina

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto Lei

EUA - Estados Unidos da América

ECA - Instituto da Criança e do Adolescente

ECTHR - Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Estrasburgo

FIV - Fertilização *In Vitro*

Ed. - Edição

FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

GS - Gestação de Substituição

HFEA - *Human Fertilization and Embryology Act*

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

Ibid. - *Ibidem* (na mesma obra)

LC - Lei Constitucional

LPMA - Lei de Procriação Medicamente Assistida

MP - Ministério Público

Nº - número

OMS - Organização Mundial da Saúde

PMA - Procriação Medicamente Assistida

RA - Reprodução Assistida

Op. Cit. - *Opus citatum* (obra citada)

Org. - Organizadores

P. - Página

P.e. - Por exemplo

RE - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

TC - Tribunal Constitucional

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Trad. - Tradução

UE - União Europeia

UFPR - Universidade Federal do Paraná

Vol. - Volume

Índice

Introdução.....	11
1. Os beneficiários: critérios e restrições.....	15
1.1 Recurso à PMA.....	15
1.2 Análise do art. 6º da LPMA.....	18
1.2.1 Casamento e União de Facto.....	19
1.2.2 Monoparentalidade.....	22
1.2.3 Orientação sexual dos beneficiários.....	24
1.3 Reprodução Homóloga e Heteróloga.....	26
1.4 Gestação de Substituição.....	32
2. O acesso dos homens à PMA: análise a partir dos princípios presentes na Constituição portuguesa e no ordenamento jurídico português.....	44
2.1 Princípios Constitucionais.....	44
2.1.1 Igualdade e Igualdade de Género.....	46
2.1.1.1 Proibição de Discriminação.....	52
2.1.2 Dignidade da Pessoa Humana.....	56
2.2 Direito de Constituir Família.....	62
2.3 Livre Planejamento Familiar.....	68
2.4 Superior Interesse da Criança.....	73
3. Eficácia da vedação.....	79

3.1	A realização da PMA vedada fora de Portugal.....	83
3.1.1	A possibilidade de realização da PMA vedada fora de Portugal.....	86
3.1.2	O estabelecimento da Paternidade em Portugal.....	94
3.1.3	Proteção das crianças nascidas a partir da PMA vedada.....	109
3.1.3.1	Reconhecimento da filiação estabelecida no estrangeiro.....	113
3.1.3.2	Reserva de Ordem Pública Internacional do Estado português.....	117
3.2	Adoção.....	122
3.3	Permitir o acesso na LPMA é a solução?.....	130
	Conclusão.....	139
	Referências Bibliográficas.....	143
	Jurisprudência.....	152

Introdução

Leonard Matlovich, soldado condecorado por bravura na Guerra do Vietnã, ao declarar-se homossexual, foi imediatamente considerado inapto para o serviço militar e expulso da corporação. Na ocasião, o militar proclamou: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro”. Ao tratar do caso, Luís Roberto Barroso afirmou que a visão depreciativa que recai sobre os homossexuais se fez presente “em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano”, sendo discutida com “intolerância, truculência e desprezo”.¹

A contemporaneidade não foi suficiente para afastar e banir por completo institutos e pensamentos desiguais e preconceituosos, mas parece avançar no debate para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Felizmente, como reflexo das novas mudanças, as legislações começaram a caminhar a favor da superação da discriminação e do preconceito.²

Em Portugal, uma das importantes conquistas adquiridas pelos homens e mulheres homossexuais, foi a Lei nº 7/2001 que estabeleceu as medidas de proteção às Uniões de Facto, dispondo regular “a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo”. Já em 2004, foi alterado o nº 2 do art. 13º da Constituição da República Portuguesa (CRP)³, que trata do princípio da igualdade, para incluir a vedação a qualquer tipo de benefício, prejuízo e privação de direito em razão de “orientação sexual”.

Seis anos depois, a Lei nº 9/2010 de 31 de maio permitiu o Casamento Civil entre pessoas do mesmo sexo⁴, para em 29 de fevereiro de 2016 a Lei nº2/2016 eliminar a discriminação em relação à adoção e ao apadrinhamento civil, permitindo que ambos sejam realizados por casais homossexuais casados ou unidos de facto.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, nº17, jan/jun.2011.

² “Desde 1948, o homossexualismo passou a constar no CID – Classificação de doenças, no qual permaneceu até o dia 17 maio de 1990, data que se tornou o dia mundial de Combate à Homofobia, quando a Organização Mundial de Saúde - OMS, assentou que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio nem perversão”. (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. P. 221) (rodapé)

³ Alterado pelo artigo 4.º da Lei Constitucional n.º 1/2004 - Diário da República n.º 173/2004, Série I-A de 2004-07-24, em vigor a partir de 2004-07-29.

⁴ Nas palavras do professor Jorge Duarte Pinheiro, “o decreto que esteve na origem dessa lei foi previamente apreciado pelo Tribunal Constitucional, que não detectou qualquer incompatibilidade entre o alargamento da faculdade de casar e o texto fundamental”. (PINHEIRO, Jorge Duarte. O Estatuto do cidadão do homossexual no direito da família. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra: Almedina, p. 377-390. 2013. P. 385)

Por fim, no mesmo ano, a Lei de Procriação Medicamente Assistida (LPMA), Lei nº 32/2006⁵, por alterações da Lei nº 17/2016, permitiu que as técnicas de procriação medicamente assistidas (PMA) fossem utilizadas por todas as mulheres, independente do diagnóstico de infertilidade⁶, bem como, podendo a elas recorrer (além dos casais heterossexuais) os casais de mulheres, casadas ou que vivam em união de facto, e também mulheres, independente do estado civil e orientação sexual.

A referida modificação na lei representou mais um passo significativo na conquista de direitos concedidos aos casais homoafetivos. Contudo, para além dos casais heterossexuais, a concessão do direito limitou-se às mulheres solteiras e aos casais homoafetivos de mulheres, excluindo, portanto, o acesso à PMA aos casais de homens e aos homens, independente do estado civil e da respectiva orientação sexual.

Seguindo a sequência de conquistas, a alteração na LPMA surgiu como a cereja de um bolo de direitos construído e conquistado, camada por camada. Porém, a mencionada restrição ao acesso por pessoas do sexo masculino, que não fossem casados ou vivessem em união de fato com uma mulher, tornou a cereja incompleta. Nas palavras do ilustre professor Carlos Pamplona Corte-Real, a respeito da lei, “a PMA merecia um tratamento menos eivado de preconceitos sociais e morais”, estando a orientação do legislador em desconformidade com a “evolução da realidade familiar a nível médico-científico”.⁷

Afinal, a vedação contida no nº1 do art. 6º da LPMA, representa, efetivamente, um retrocesso em termos de construção familiar? E, estaria em conformidade com o restante dos dispositivos da lei? Ou até mesmo seria, de alguma forma, compatível com os preceitos constitucionais? Ou com o ordenamento jurídico português como um todo?

Diante dessas e de tantas outras questões que surgem sobre o referido instituto, a presente dissertação se propõe a contribuir com reflexões e análises sobre tais

⁵ Antes da publicação da Lei nº 32/2006, a legislação ordinária sobre PMA resumia-se ao art. 1839º, nº3 do Código Civil (CC), ao artigo 168º, do Código Penal (CP), a Lei nº3/84 sobre educação sexual e planeamento familiar, ao Decreto Lei (DL) nº 319/86 que estabelece normas sobre as atividades de bancos de espermatozoides, e a Lei nº 12/93 sobre colheita e transplante de tecidos e órgãos humanos. (PINHEIRO, Jorge Duarte. A Necessidade da Lei de Procriação Medicamente Assistida: Lei nº32/2006, de 26 de julho. Separata. *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, v. I. Coimbra: Almedina, p. 201-214. 2008. P. 201-202.)

⁶ Através de uma análise da infertilidade sob uma perspectiva filosófica, Maria do Céu Patrão conceitua que “a infertilidade é circunstância ou situação existencial, limite ou finitude do modo de ser”. (NEVES, Maria do Céu Patrão. A infertilidade e o desejo de procriar: perspectiva filosófica. In. NUNES, Rui; e, MELO, Helena Pereira de. (Coord). *A ética e o direito no início da vida humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 75-97. 2001. P. 90)

⁷ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão Crítica*. 2ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2011. P. 260.

questionamentos, dialogando com notáveis autores que ofertaram em suas publicações discussões valiosas e indispensáveis para a elaboração do estudo.

Pretende-se, inicialmente, analisar as disposições contidas dentro do ordenamento jurídico português, a começar pela LPMA, através de uma investigação minuciosa de suas disposições e características. Entre elas, inclui-se a problemática acerca de seu caráter subsidiário ou alternativo, a possibilidade de acesso pela família monoparental (no caso apenas de mulheres), a desnecessidade de união de fato e de casamento para que seja permitido o acesso às mulheres, as questões relativas à regulamentação da gestação de substituição, as temáticas envolvendo o conceito de infertilidade e o recurso dos homens sozinhos e casais de homens.

Em seguida, será realizada uma investigação da compatibilidade da proibição sofrida pelos casais homossexuais do sexo masculino e pelos homens singulares com a CRP, por meio da análise dos princípios e garantias constitucionais e demais disposições presentes no ordenamento jurídico português, através do direito a constituir família, da igualdade de gênero, da vedação à discriminação, bem como, com a liberdade ao planejamento familiar, a dignidade da pessoa humana e a não violação ao princípio do melhor interesse da criança.

Após tal investigação, tratar-se-á da eficácia da vedação sofrida pelos homens nas condições estabelecidas pela lei, e da possibilidade desse grupo recorrer a tais técnicas no exterior, passando pelos conflitos relativos ao estabelecimento da paternidade em Portugal, por quem assim o faz, assim como, pelo ponto de vista de proteção e bem-estar da criança gerada nessas condições. De maneira sucinta, falar-se-á da perspectiva da adoção, em comparação com a filiação consequente de uma técnica de PMA.

A busca por quem somos, muitas vezes, esbarra numa verdade que não é a biológica. Segundo a professora Maria Margarida Silva Pereira, sobre a origem das pessoas, tão importante ou mais é a verdade afetiva: “saber quem nos quis, porque nos quis, independente do procedimento adotado para nos obter”.⁸

Por fim, pretende-se debater se, permitir o acesso a essa categoria de pessoas do sexo masculino, se coaduna com o direito português, e se de alguma forma não seria benéfica a sua concessão para a sociedade como um todo, abrandando, pelo menos em parte, os questionamentos, anseios e dúvidas que circulam a respeito do tema.

⁸ PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da Família*. 3ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2019. P.869.

O presente trabalho tem como objetivo trazer uma, dentre milhares de perspectivas, de quão longe uma sociedade pode chegar em termos de busca pela igualdade sexual⁹, porém, embora se aproximem do tema, certos assuntos não serão tratados de forma aprofundada, ainda que sejam tangenciados pela pesquisa realizada. Isso porque, apesar de extremamente relevantes em matéria de PMA, por sua complexidade e extensão, merecem discussões acaloradas e independentes.

Desse modo, importa frisar que o presente estudo não analisará a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei de PMA, e que qualquer elogio ou crítica apresentada, tem como objetivo corroborar com o debate que se propôs, sem perquirir, tecnicamente, um juízo de constitucionalidade – embora possa-se esbarrar, a partir da obra de certos autores que são categóricos nesse ou naquele sentido. Mesmo porque, trata-se de uma pretensão demasiadamente arrojada, para que se faça em suscintas linhas.

Além disso, não se pretende tratar das noções éticas dos procedimentos, nem de nenhuma valoração nesse sentido – ético e moral – ainda que eventualmente, tais conceitos tenham sido mencionados, apesar da procriação artificial, como bem lembrado por José de Oliveira Ascensão, suscitar numerosos problemas do foro bioético e jurídico.¹⁰

No mais, questões a respeito do anonimato do doador de gametas, embriões excedentários e inseminação *post mortem*, temas que se encontram presentes na LPMA, poderão ser mencionados, porém não serão desenvolvidos e nem investigados.

No mesmo sentido, debates acerca do início dos direitos da personalidade, como os direitos do nascituro também não serão aprofundados. À semelhança do apadrinhamento civil, que será apenas citado, quando pretende-se tratar do instituto da adoção em Portugal.

Assim, realizados os devidos recortes, passa-se ao objeto a que se propõe o presente estudo.

⁹ DAVIES, Miranda (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, p. XIII-XV. p.1-15. 2017. P.XIV.

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e Bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 51, n. II, p. 429-458, jun. 1991. P. 446.

1. Os beneficiários: critérios e restrições

1.1 Recurso à PMA

O art. 4º, nº 1, da LPMA afirma categoricamente que as técnicas de que trata a lei são um método subsidiário, e não alternativo de procriação. O nº 2, do mesmo artigo, permite – somente mediante diagnóstico de infertilidade ou no caso de tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças genéticas – o acesso a tais técnicas.

Segundo a professora Maria do Céu Patrão, sobre o nº 1, é “consensualmente legítima” a realização das técnicas da PMA quando para “superar” ou “contornar” a infertilidade de um casal, porém, as especificações introduzidas pelo nº 2 do mencionado artigo, aparentam ser desnecessárias, já que o designo original do artigo era superar a infertilidade, também na sua perspectiva como uma doença, e o nº 2 acaba por sugerir que podem existir outras situações clínicas, para além da infertilidade que podem se beneficiar da PMA.¹¹¹²

Isso porque a expressão “sendo caso disso” presente no item nº 2, parece trazer as hipóteses de doença como pertencentes aos casos de infertilidade, dando margens a dúvidas em relação a em que casos efetivamente se pode recorrer a tais técnicas. Acredita-se, que apesar da expressão utilizada, os dois exemplos relacionados a doenças fornecidos pelo item, estão, na verdade, fora da categoria de casos de infertilidade, pois a pessoa pode ser fértil, mas com uma probabilidade grande de gerar um feto com uma doença grave.

De acordo com o professor Diogo Leite de Campos¹³, as técnicas não constituem procedimentos alternativos à reprodução natural, mas apenas métodos terapêuticos de caráter subsidiário. Segundo o autor, elas devem ser utilizadas como auxiliares na realização de um projeto parental, devendo, não somente, serem considerados os desejos

¹¹ NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos, manda a vontade o desejo e o direito a ter um filho. In. ASCENSÃO, José de Oliveira. (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. III. Coimbra: Almedina, 2009. P.132-133

¹² A autora também defende que se está desrespeitando o princípio da subsidiariedade quando uma mulher na menopausa, por exemplo, recorre à doação de óvulos de uma mulher mais jovem. Já que nesse caso, segundo ela, o fato impeditivo não seria a infertilidade e sim o envelhecimento. (NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos...*Op. Cit.* P.136)

¹³ Posicionamento do autor aderindo a alguns princípios do Parecer nº 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 44/CNECV/04, de 4 de julho de 2004, sobre a PMA.

dos candidatos a pais, mas também os interesses do ser que vier a nascer, observado o princípio da vulnerabilidade, que trata da obrigação de cuidado e proteção.¹⁴

Menos compatível com a lógica da subsidiariedade, é na verdade o nº 3 do art. 4º da LPMA (aditado pela Lei nº17/2016), que permite que qualquer mulher tenha acesso às técnicas de PMA, independente de diagnóstico de infertilidade.¹⁵ O que, para o ilustre professor Jorge Duarte Pinheiro, acaba por afastar a subsidiariedade da PMA para as mulheres, mantendo-a somente para os homens, concluindo que “para mulher, a PMA corresponde verdadeiramente a um método alternativo de procriação”.¹⁶

Em outras palavras, pela redação dada ao nº 3, ele elimina por completo o impedimento de uma mulher, independente do seu estado civil e sua orientação sexual, recorrer às referidas técnicas, permitindo que qualquer uma possa fazer uso da PMA. Sendo assim, ainda que, mesmo após a introdução do nº3, o item nº1 do art. 4º da lei tenha se mantido exatamente como na sua redação original, a mudança legislativa criou uma categoria de pessoas, as mulheres, para quem a PMA é, de fato, apenas um método alternativo.

Sobre isso, pairam discussões e debates, acerca do limite do Estado de interferir em assuntos relacionados à capacidade reprodutiva das pessoas, e surgem questionamentos, como por exemplo (p.e.) se o Estado deveria proporcionar meios de se ultrapassar a infertilidade, já que no caso da existência de técnicas que permitam superar esse diagnóstico, por que não permitir a sua utilização? E, permitindo a utilização aqueles que são inférteis, porque não a estender a todos, incluindo aqueles que são incapazes de gerar por não possuírem útero, como o caso dos homens, ou em razão de sua orientação sexual, que impede a concepção natural através de ato sexual? E quais os critérios que devem ser utilizados, caso haja a permissão?

O professor José de Oliveira Ascensão, reconhece que a PMA está subjacente à questão ética, mas que a lei (em sua edição original, momento em que foi publicado pelo autor seu entendimento) vai muito longe na permissividade, pois o texto aparenta

¹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador: ou a Onnipotência do Sujeito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 66, n. III. 2006.

¹⁵ Sobre os diagnósticos de infertilidade e o acesso à PMA, para Simone Novaes não é a infertilidade de uma pessoa que constitui tal indicação, mas a infertilidade de um casal, e não é o fato de não poder procriar que justifica o acesso às técnicas, mas a impossibilidade de procriar com determinada pessoa. (NOVAES, Simone. Femmes, *Bioéthique et Droits*. *Journal International de bioéthique*, v. 3, nº 3, p. 163-167, setembro. 1992. P. 166).

¹⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da Família Contemporâneo*, 6ª Ed. 1º Reimpr. Lisboa: AAFDL Editora, 2019. P. 170.

moderação, mas a preocupação está na interpretação livre, que abre caminho para as clínicas do setor. E estas não vivem da ética¹⁷, mas sim do mercado.¹⁸

Para o professor Jorge Duarte Pinheiro, seria difícil aceitar uma visão que atribua à procriação assistida “uma natureza ultra subsidiária”, concluindo que a esterilidade não deve ser o único motivo legítimo de recurso à PMA.¹⁹

Importante ainda ressaltar, como bem procedeu o professor Rolf Madaleno, que as expressões infertilidade e esterilidade não são sinônimas.²⁰ A esterilidade está diretamente ligada a absoluta incapacidade de gerar, sendo a infertilidade a ausência de gestação após um período de 12 meses com a existência de relações sexuais frequentes e sem métodos contraceptivos, o que também pode ser avaliado a partir do homem que durante esse período não consegue engravidar sua parceira. Assim, ao que parece, sendo estéril a pessoa se tornaria necessariamente infértil.

A partir dessa distinção, surge a questão de saber qual das duas disfunções legitimariam que uma pessoa recorresse às técnicas de PMA, afinal, embora o artigo trate de hipóteses de infertilidade, a permissão é irrestrita a qualquer mulher, abrangendo logicamente as mulheres estéreis, as que recorrem sozinhas ao projeto parental por ausência de um parceiro, as casadas ou unidas de fato com mulheres e até mesmo as mulheres que apenas desejam recorrer a PMA, sem nenhum motivo aparente, já que o item não faz ressalvas. A manutenção da questão da infertilidade – enquanto se disponibiliza a PMA a qualquer mulher, fértil ou não – leva a conclusão de esse requisito se refere exclusivamente aos homens.

Sob esse prisma, seria possível determinar a esterilidade de um homem, já que tal conceito se delimita a partir de exames na produção de espermatozoides, porém, o conceito de homem infértil – termo utilizado na lei – só seria possível ser definido a partir de uma relação heterossexual, já que está embutida a ideia de ausência de gestação. Desse modo,

¹⁷ Apesar de não ser o tema central do presente estudo, a avaliação da PMA, sob o crivo da ética, importa trazer à baila a definição de Simone Novaes, que afirma que a ética às vezes é definida como um conjunto de prescrições morais, que podem ser traduzidas pela ideia de costumes, dos quais certas regras, que dela decorrem, podem, de fato, ser codificadas em leis. É, no entanto, importante saber distinguir, no exame de certas situações, entre o jurídico e o moral, ou seja, entre preocupações essencialmente normativas - estabelecer regras de conduta para uma sociedade - e preocupações éticas - para questionar a justeza dos nossos hábitos de agir e, portanto, das prescrições normativas que a regem. (NOVAES, Simone. *Femmes, Bioéthique et...* Op. Cit. P. 164). De todo modo, conforme o recorte temático apresentado na inicial, o presente trabalho não busca trazer uma avaliação ética a respeito dos institutos e conceitos apresentados.

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 67, n. III. 2007.

¹⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da Família...* Op. Cit. P. 169

²⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 522.

quando a lei condiciona o recurso à PMA a prévio “diagnóstico de infertilidade” está tratando necessariamente de homens heterossexuais, já que quando a infertilidade é feminina tal fato já não é um critério determinante para o seu recurso, seguindo a lógica do nº 3 do artigo.

Por outro lado, observada a continuação do nº 2 do art. 4º da LPMA que dispõe que o recurso às técnicas de PMA pode se verificar – para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras – é possível se pensar que existiria a possibilidade dos homens homossexuais pelos mesmos motivos recorrerem à PMA para a geração de um filho. Ocorre que, tal hipótese é completamente afastada na medida em que para que isso ocorra é necessário o recurso a Gestação de Substituição, vedada aos homens, o que será abordado no item 1.4.

Seguindo a ordem apresentada pela LPMA, o art. 5º trata dos centros autorizados e pessoas qualificadas para a realização dos procedimentos, enquanto as disposições acerca de quem pode recorrer às técnicas encontram-se no art. 6º, abordado no subcapítulo a seguir.

1.2 Análise do art. 6º da LPMA

O artigo 6º da LPMA trata dos beneficiários²¹, entendendo-se por beneficiários os idealizadores do projeto parental, aqueles que podem recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida para a geração de uma criança, na intenção de estabelecer, com o ser gerado, vínculos filiais.²² O art. 6º da LPMA traz os critérios e restrições para que uma pessoa possa ser considerada beneficiária de uma das técnicas previstas no art. 1º da referida lei.

O nº1, do art. 6º, em sua redação atual, determina que podem recorrer as técnicas somente os casais de sexo diferentes ou os casais de mulheres, desde que casados (as) ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres, essas independentemente de seu estado civil e da sua respectiva orientação sexual. Em outras

²¹ José de Oliveira Ascensão chama atenção para a escolha do nome, e afirma que a categoria de beneficiários “é independente da continuidade biológica”. “Aparecem assim uns como que ‘pais de destinação’ ou ‘sociais’ do novo ser, que podem até nada ter que ver com a constituição do genoma deste. A palavra beneficiários foi assim cuidadosamente escolhida”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. In. ASCENSÃO, José de Oliveira. (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. III. Coimbra: Almedina, 2009.)

²² Os beneficiários também podem ser chamados pela doutrina e jurisprudência portuguesa de “pai e mãe de recepção” e “pais intencionais”, ou até mesmo “*intending parents*”, na doutrina estrangeira.

palavras, o item mencionado estabelece restrições relacionadas ao estado civil de casais heterossexuais e restrição de gênero, de modo que exclui os homens que não estejam casados ou unidos de facto com uma mulher, a utilização das técnicas disponíveis em lei.

Ademais, cumpre ressaltar que a redação atual do item rompe com a chamada santíssima trindade – pai, mãe e filho, que como bem ressalta Vera Lúcia Raposo, não é o único modelo familiar legítimo “numa sociedade dinâmica e multifacetada” como a atual.²³

O nº 2 do mesmo artigo, determina que as técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha pelo menos 18 anos de idade, e desde que não exista sentença no sentido de proibir tal pessoa ao seu recurso. Assim, apresenta um critério etário e condiciona a utilização pelo beneficiário somente nos casos de ausência de sentença que o proíba a utilização de tais métodos, ambos em conformidade com o restante do ordenamento português e adequados a razoabilidade.

Contudo, no presente estudo, merece melhor análise as restrições indicadas do nº 1, visto que, como bem observou a professora Vera Lúcia Raposo, mesmo após a revisão operada pela Lei nº 17/2016, que veio admitir mulheres singulares e casais homossexuais femininos, a norma permaneceu afastando o recurso a este procedimento em benefício dos homens singulares e casais homossexuais masculinos.²⁴ Parte-se, então, à análise das restrições e critérios presentes no nº 1 do art. 6º, da LPMA.

1.2.1 Casamento e União de Facto

A primeira parte do nº1 determina que somente casais podem recorrer às técnicas de que trata a lei. Esses casais podem ser formados por pessoas de sexos diferentes ou casais de mulheres. Os casais devem necessariamente estar casados ou devem viver em condições análogas às dos cônjuges, isto é, viver em uma união de facto. Com a leitura somente dessa parte do item, já são excluídos de imediato três ou mais pessoas que juntas buscam um projeto parental (multiparentalidade) em que todas tenham vínculos filiais

²³ RAPOSO, Vera Lúcia. Em nome do pai (...da mãe, dos pais, e das duas mães): análise do art. 6º da Lei nº32/2006. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n.7, p.37-51. 2007. P.39.

²⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). *Revista do Ministério Público*. Lisboa, n. 148, ano 38, p. 9-51, jan./mar. 2017. P.11.

com a criança que vier a nascer, sendo permitido apenas casais (duas mulheres ou uma mulher e um homem) casados e unidos de facto.

Na sequência, o nº 1 concede o recurso às técnicas de procriação a todas as mulheres, sejam elas casadas, em união de facto ou não, heterossexuais ou homossexuais. Mulheres sozinhas em busca de um projeto parental.

A leitura completa do nº1, conforme já mencionado, evidencia que ele pretende excluir um certo grupo de pessoas que não se encaixa no conjunto de possíveis beneficiários, ficando evidente quem de fato está incluído nessa categoria, permitindo que se trace um perfil social de quem a lei aceita como um candidato.

Logo no início do item, aparece o casamento ou a união de facto como requisito para o ingresso de casais (heterossexual ou de mulheres). A justificativa para tanto, ao que parece, estaria no fato de que a lei pretende proteger a futura criança de ser concebida por duas pessoas que tenham somente uma relação de amizade, ou um simples namoro, vínculos talvez concebíveis para o legislador como mais “frágeis” ou “instáveis”.

Porém, pode-se argumentar que se a lei permite que mulheres, independente de seu estado civil, recorram a tais técnicas, não existiria preocupação tão relevante com a durabilidade dos vínculos de quem pretende ingressar no projeto parental.

Nesse sentido, a existência de tal requisito para os casais heterossexuais e casais de mulheres, parece entrar em contradição com a permissão de acesso às técnicas por mulheres sozinhas “independente de seu estado civil”. Conforme demonstrado pelo célebre professor Jorge Duarte Pinheiro, que afirma que “o direito a procriar é reconhecido a todos e não somente àqueles que são casados ou vivem em união de facto”, justamente porque a lei prevê a adoção singular as famílias monoparentais e o acesso de pessoas sós (mulheres) à procriação assistida.²⁵

Contudo, tratando-se de mulheres independente de seu estado civil, se está diante de um projeto que é apenas de um indivíduo e somente ela estabelecerá vínculos parentais com a criança. Mesmo que essa mulher estivesse, na ocasião, apenas namorando, não haveria a necessidade de se proteger a criança do término desse namoro, pois neste caso, não existiria nenhuma possível consequência de rompimento de um convívio filial para esse bebê, apenas o convívio social com aquele terceiro.

No entanto, ao que parece, a lei buscou colocar a união de facto e o casamento como requisito aos casais de beneficiários para tentar assegurar certo grau de durabilidade

²⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da Família...Op. Cit.* P.171.

de vínculo familiar na relação existente entre os pais intencionais, o que não se faria necessário no caso de beneficiária recorrendo sozinha às técnicas de PMA.

Guilherme de Oliveira afirma que, tradicionalmente, o direito de família era considerado um setor do direito civil onde se encontravam mais normas imperativas e que, atualmente, isto não mudou. Para o eminente autor, na esfera da constituição do estado de casado, ou da sua dissolução, e até nos modos de constituir as relações de filiação ou de as impugnar, prevalece a premissa de que “as ‘partes’ não podem escolher livremente como configurar e exercer as suas relações jurídicas”.²⁶

No mesmo sentido, o célebre professor Pamplona Corte-Real, afirma que o Direito articula e delimita, imperativamente, não somente “espaços de liberdade” individual, quando se confrontam entre si, mas também quando passam por aspectos de índole para pública ou coletiva. Porém, para o professor, tal fato nada tem a ver com a necessidade de uma adesão individual ao juízo de ética de cada um, por mais que haja pressão social nesse sentido.²⁷

A respeito, entende-se que o requisito do casamento e da união de facto no n° 1 do art. 6º, da LMA, seja justamente um exemplo do que afirma o autor, embora também se defenda que a intenção da lei é baseada em buscar, (ainda que de forma aparente) a proteção familiar que envolve ambos os institutos (casamento e união de facto) para aquela criança.

Apesar deste fato, devido à fragilidade das relações, não se poderia afirmar que o casamento ou a união de facto entre os beneficiários sejam garantia de bom relacionamento entre as partes, e nem de constância, de modo que parece se estar diante de um requisito bem-intencionado por parte da lei, mas que é ao mesmo tempo imperativo e cerceador, e não garante efeitos práticos, diante da liquidez das relações humanas atuais.

Assim, não se defende a necessidade de união de facto ou de casamento entre os casais beneficiários, por parecer frágil a máxima de que tais institutos garantem um relacionamento estável, bem como maior segurança e proteção a criança, não sendo, portanto, tal ocasião muito diferente de uma mulher casada que busca o projeto parental sem o seu marido ou sua esposa (situação que a lei permite, conforme tratado a seguir).

²⁶ OLIVEIRA, Guilherme. Critérios Jurídicos da Parentalidade: Para Francisco Pereira Coelho. In. OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). *Textos de Direito da Família*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 271-306. 2016. P.302.

²⁷ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A). In. ASCENSÃO, José de Oliveira. (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. II. Coimbra: Almedina, p. 93-112. 2005. P. 94.

1.2.2 Monoparentalidade

A terceira parte do nº1, art. 6º, da LPMA, conforme anteriormente mencionado, garante a possibilidade de mulheres sozinhas, independente de seu estado civil e sua orientação sexual, serem consideradas, para os efeitos da lei, como beneficiárias, apresentando-se como mais uma concessão legal para a formação de uma família monoparental.

De acordo com Rolf Madaleno, “as famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos”. O núcleo monoparental é formado somente pelo pai, ou pela mãe e seus filhos, sem o outro genitor, estando o mesmo vivo, tenha falecido, ou até mesmo seja, desconhecido.²⁸

Quando o referido artigo trata da possibilidade de mulheres, independente de seu estado civil, recorrerem às técnicas de PMA, o texto legal reitera a inexistência de nenhum impedimento para a formação de família monoparental, mesmo quando esta se origina da vontade da beneficiária.

Tal fato demonstra que o preceito legal caminha em contrário à máxima de Pereira Coelho, que ao interpretar a primeira versão do art. 6º, nº 1 da Lei nº32/2006, afirmou que, esta poderia se apoiar no princípio constitucional da proteção da infância, art. 69º da CRP, que determina que não se consentirá “na criação deliberada de famílias monoparentais”.²⁹

Cumprindo observar que o autor menciona “criação deliberada”, e não somente “criação”, já que além dos casos de monoparentalidade por ausência de vontade, na ocasião da promulgação da LPMA era permitida a adoção por pessoa sozinhas com mais de 35 anos, e depois com mais de 30 anos.³⁰

A família composta por duas pessoas de sexo diferente e respectiva prole tem sido considerada como a célula nuclear da sociedade, com o argumento de que existe uma necessidade sentida por cada criança de ter um pai e uma mãe.³¹

Para Guilherme Cunha, uma das dificuldades e resistências do reconhecimento dos vários tipos de família e múltiplas possibilidades dos vínculos parentais e conjugais, seria

²⁸ MADALENO, Rolf. Curso de...*Op. Cit.* P. 9.

²⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família: Introdução Direito Matrimonial*, v. I. 5ª Ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. P. 140.

³⁰ Decreto-Lei nº496/77 de 25 de novembro, que alterou o art. 1979º, do Código Civil Português.

³¹ RAPOSO, Vera Lúcia. Em nome do pai...*Op. Cit.* P.39-40.

o medo de que essas novas formas de família pudessem afastar o que seria a chamada “família verdadeira”.³²

Contudo, ao contrário do que se imaginava, a família não colapsou, mas sim sofreu reforma em suas bases essenciais. A nova família é isonômica, democrática e plural, e as antigas vítimas do modelo familiar dominante, como as mulheres e os homossexuais, passaram a perseguir não a ruptura com todo e qualquer laço familiar, mas sim a busca do reconhecimento jurídico do seu próprio modelo de família.³³

Inclusive, a constituição brasileira garante expressamente proteção à família monoparental através de seu art. 226, § 4º, que dispõe que também é entendida como entidade familiar a comunidade composta por qualquer dos pais e seus descendentes.

Como ressalta Guilherme de Oliveira, até há pouco tempo, as famílias monoparentais eram um acidente, porém hoje, diante da alta taxa de divórcios, existem muitas crianças que vivem somente com um dos progenitores. Segundo o autor, esta circunstância deve explicar a modificação na doutrina e na jurisprudência e conclui que, o aumento da monoparentalidade, ocasionado pelas altas taxas de divórcio, “terá provavelmente modificado o modo como entendemos o conceito de interesse do filho nesta matéria”.

Sobre o divórcio, ainda que se determine a guarda compartilhada entre os genitores, muitas vezes não se pode obrigar uma convivência dividida na régua, ou por falta de interesse das partes ou até mesmo por questões geográficas – já que se vive em um mundo globalizado – e muitas vezes cada genitor acaba por residir em uma cidade, estado e até países diferentes. O resultado comum é que a criança venha a ter maior convívio com apenas um de seus genitores. Por essa razão, mais uma vez se questiona a necessidade do casamento e da união de facto, como o requisito para os casais beneficiários.

Ainda seguindo a análise do ilustre autor, no momento em que se abandona a biparentalidade tradicional e entende-se que a monoparentalidade não prejudica a criança,

³² Sobre essa reflexão, se manifesta Jacques Roudinesco, “eu não diria sem hesitar que a família é eterna. O que é inalterável, o que continuará a atravessar a História, é que exista ou que haja a família, o laço social organizado em torno da procriação. (...) Pode-se fazer muitas coisas com um homem e uma mulher! Com a diferença sexual (e a homossexualidade não é a indiferença sexual) pode-se imaginar tantas configurações ditas ‘familiares’! E mesmo no que consideramos ‘nosso’ modelo mais estável e mais familiar, existem tantas subespécies! Os progressos da genética libertam ou aceleram nossa imaginação – deliciada, aterrada, ou ambos ao mesmo tempo, diante de todo tipo de coisas que não diria desconhecidas, sobretudo do inconsciente, mas ainda não gravadas pelo que poderíamos chamar, no sentido amplo, de estado civil (...). (DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã*: diálogo. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. P. 52-53.)

³³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. P. 221.

permite-se que sejam aceitas as adoções singulares, as mulheres sós recorrendo à inseminação com espermatozoides de doador e adoção por singular homossexual. Desse modo se estaria desmoronando com algumas certezas acerca da biparentalidade, “deixando os legisladores a braços com as maiores perplexidades”.³⁴

Removendo da análise os casos de monoparentalidade ocasionais – que incluem o abandono, a alta taxa recente de divórcio, morte – a única hipótese de família monoparental no texto legal era através da adoção singular, o que se modificou com a permissão de acesso às mulheres sozinhas às técnicas de PMA.³⁵

Adverso a essa permissão, o professor José de Oliveira Ascensão defende que na observância dos direitos do ser que vier a nascer, existiria o “direito a uma filiação normal”, o direito a um pai e uma mãe, sob a justificativa que o filho não pode ser instrumentalizado, devendo a procriação assistida se estender apenas nos limites em que esse direito se resguardasse.³⁶

Contudo, em que pese o argumento utilizado pelo ilustre professor, entende-se que uma filiação nos moldes por ele denominados de “normal” não seja garantidor de relação proveitosa e feliz, ao passo que também não se pode dizer que as relações monoparentais sejam necessariamente traumáticas e infelizes.

Ao contrário, uma figura paterna ou materna violenta, p.e., é mais prejudicial que a ausente, pelo que se acredita que o argumento da biparentalidade não deve ser utilizado como requisito para as técnicas de PMA, assim como não o é para a adoção.

1.2.3 Orientação sexual dos beneficiários

Através da leitura completa do art. 6º, nº 1 da LPMA, para as mulheres sozinhas a orientação sexual não se apresenta como requisito ou obstáculo, mas impede o acesso aos homens. Em outras palavras, somente os homens casados ou em união de facto com mulheres podem ser beneficiários em conjunto com sua esposa ou companheira.

³⁴ OLIVEIRA, Guilherme de. Transformações do direito da família. In. AA.VV. *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 763-779, 2004. P. 775-776.

³⁵ Alteração do art. 6º, nº 1 da Lei nº 32/2006 (LPMA), pela Lei nº 17/2016.

³⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e Bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 51, n. II, p. 429-458, jun. 1991. P. 446.

Para Rolf Madaleno, no âmbito das diferenças de gênero entre todos que formam a maioria social, uma parte simplesmente não é contemplada na prática pelo texto legal, que apenas cria uma igualdade ideal, já que fatores como sexo, raça, idade, língua e credo seguem formando discriminadas minorias³⁷, que a lei silencia.

Na tentativa de encontrar uma fundamentação para a razão da vedação, Vera Lúcia Raposo destaca que não se pode dizer que a proibição se deve a uma objeção de princípio do legislador a famílias homossexuais ou monoparentais, justamente porque essas hipóteses não estão vedadas nem a mulheres singulares nem a mulheres lésbicas que vivam em casal, “pelo que caberia ao legislador explicar o porquê deste regime diferenciado”.³⁸

Antes mesmo da promulgação da LPMA, o ilustre professor Carlos Pamplona Corte-Real, afirmou que, em geral, já não era reconhecido às mães solteiras ou a casais homossexuais unidos de facto o direito a procriar artificialmente, sem que se fosse possível vislumbrar razões jurídicas convincentes para tal entendimento.³⁹

No caso, não basta apenas um direito ao tratamento não discriminatório, mas de uma plena e efetiva inclusão na ordem jurídica.⁴⁰ Menos ainda, é hoje aceitável, compreender o fato da LPMA, após a alteração da Lei nº 17/2016 de 20 de junho, ter permitido o acesso às mulheres singulares, e aos casais homossexuais de mulheres (casadas ou unidas de facto), e não tenha estendido aos homens nas mesmas condições.

Em sentido contrário, o professor Paulo Otero, acredita que a proibição deliberada de uma estrutura familiar por ele chamada de “normal” (biparentalidade biológica), conduz à exclusão da admissibilidade de homossexuais e mulheres solteiras a terem acesso a qualquer processo de procriação artificial.

Segundo o professor, a liberdade na escolha da orientação sexual de cada ser humano, tal como a liberdade de não constituir família através do matrimônio, não poderiam envolver eventual direito para que tais pessoas possam privar deliberadamente o ser que vier a nascer de ter “um pai e uma mãe biológico-genéticos e neste ambiente a criança desenvolver integralmente a respectiva personalidade”.

Concluiu o eminente professor que mostra-se legítimo que o exercício da liberdade de preferência sexual (ou do direito a não constituir família através do

³⁷ MADALENO, Rolf. Curso de...*Op.Cit.* P. 51.

³⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você...*Op. Cit.* P.26-27.

³⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos...*Op. Cit.* P.102.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da...Op.Cit.* P. 221.

matrimônio) envolvam a privação ao acesso à procriação artificial, por entender que deve prevalecer o interesse da nova vida que se visa criar.⁴¹

Sobre isso, diverge acertadamente Vera Lúcia Raposo, que afirma não existir nenhum estudo científico que demonstre que homossexuais são incapazes de educar e amar uma criança, ou que elas crescerão traumatizadas, para que seja invocado prejuízo ou supressão de seus interesses nesses casos.⁴²

Porém, ainda que se perfilhasse o entendimento do professor Paulo Otero, o que com a máxima vênia, por todo o exposto anteriormente sobre a família monoparental, não é o caso, o fundamento não é capaz de explicar a razão para que os homens, independente de seu estado civil e orientação sexual, permaneçam à margem, mesmo após a superação da biparentalidade biológica na própria lei, pois acredita-se que “excepcionar onde a lei não distingue é forma de excluir direitos”.⁴³

Passada a análise de quem pode recorrer a PMA, através dos critérios envolvendo os beneficiários, resta adentrar nas técnicas em si, e as categorias de reprodução possíveis e suas peculiaridades.

1.3 Reprodução Homóloga e Heteróloga

Os processos de procriação dividem-se em dois tipos: sexuada e assexuada. A procriação sexuada necessariamente se utiliza de dois componentes genéticos, os gametas, um proveniente do sexo feminino e o outro do sexo masculino (óvulo e espermatozoide respectivamente). Já a procriação assexuada utiliza-se de apenas um componente genético, ou o espermatozoide ou o óvulo, como é o caso da clonagem, técnica proibida expressamente pelo art. 7º, nº 1, da LPMA.

A procriação sexuada, além do método tradicional proveniente da relação sexual entre duas pessoas de sexo diferentes, pode ser realizada mediante as técnicas do art. 2º, nº 1 da LPMA, são elas: a inseminação artificial; fertilização *in vitro*; transferência

⁴¹ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999. P. 79-80.

⁴² RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. In. OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico*, n.10. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 17-19.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. “Homoafetividade e o direito a diferença”. Artigos, IBDFAM, set. 2007.

intratubária de gametas, zigotos ou embriões; injeção intracitoplasmática de esperma ou espermatozoides.

Por sua vez, as técnicas de PMA sexuada se dividem entre homóloga e heteróloga, classificação que diz respeito a proveniência das células reprodutoras. Sempre que um casal se submeter as técnicas de PMA e forem utilizadas células reprodutoras de ambos (espermatozoide e óvulo), se está diante da PMA homóloga. Caso contrário, se tais células não provêm do casal – de nenhum deles (total) ou de apenas um (parcial) – denomina-se PMA heteróloga.

Sendo assim, é possível perceber que a PMA homóloga possibilita a perpetuação genética daqueles que a ela recorrem. Os beneficiários buscam uma continuidade de sua ascendência, isto é, um filho que lhes seja biológico. Do mesmo modo, as mulheres, independente de seu estado civil e orientação sexual, quando recorrem sozinhas a PMA, embora não consigam realizar o procedimento homólogo, utilizam o heterólogo com igual objetivo.

O mesmo se aplicaria aos homens e casais de homens, caso a eles fosse possível o recurso à PMA em Portugal, porém, ao contrário das mulheres que podem gerar uma criança dentro de seu próprio útero, eles necessariamente, conforme anteriormente mencionado, teriam que recorrer à gestação de substituição.

Tratando-se da PMA heteróloga total, não há o que se falar em perpetuação genética e continuação da ascendência, mas tão somente o desejo de ter um filho, já que ambos os gametas serão provenientes de doador. Nesse caso, questiona-se por que não recorrer à adoção quando se deseja um filho que já não terá laços genéticos com os beneficiários, surgindo debates acerca do controle que as técnicas heterólogas totais deveriam ou não sofrer antes de sua utilização, principalmente por já existirem diversas crianças que precisam de pais em Portugal, isto é, crianças disponíveis para adoção.

No caso das mulheres, poderia ser utilizado o critério da gestação, a vontade de engravidar, de experimentar o estado de grávida. Em outros casos, poderia ser utilizado o simples argumento de querer ter um filho, quando por alguma razão o sujeito ou os sujeitos não estão aptos a adotar. Ou até mesmo o desejo de muitos de viver a experiência da paternidade e maternidade desde o princípio da vida, ainda que não existam vínculos biológicos entre eles e a criança que vier a nascer, o que talvez não fosse possível na

adoção, já que a maioria das crianças aptas a serem adotadas está em uma faixa etária superior aos primeiros meses de vida.⁴⁴

De qualquer modo, as referidas suposições não pretendem legitimar ou rechaçar a utilização das técnicas de reprodução heteróloga totais, apenas buscam trazer ao debate as motivações de escolha de cada tipo de procriação. Na adoção e na procriação humana artificial heteróloga total os vínculos de filiação não correspondem à chamada “verdade biológica”, mas privilegiam a vontade de procriar.⁴⁵

Compreender a diferença entre as técnicas disponíveis é fundamental para tratar de questões de significativa relevância jurídica no campo da PMA, além de desaguar em dúvidas relativas ao estabelecimento da filiação do futuro bebê que irá nascer.

O art. 1796º do Código Civil (CC), dispõe sobre o estabelecimento da filiação. Segundo o nº 1 do mencionado artigo, relativamente à mãe, a filiação resulta do fato do nascimento, determinando o nº 2, que a paternidade se presume em relação ao marido da mãe, estabelecendo-se pelo reconhecimento quando fora do casamento.⁴⁶

Para Rolf Madaleno, a presunção de paternidade advinda do casamento, também presente no ordenamento jurídico do Brasil⁴⁷, é uma “irrealidade jurídica”, pois surge de uma ficção que existe fidelidade e exclusividade sexual entre os casados, originada por um interesse social de proteção da família fundada no casamento.⁴⁸

Mas, mais do que isso, pela leitura do artigo, presente no CC português, a lei não parece se ater ao vínculo biológico entre a criança e seu possível pai, mas tão somente, a proteção que envolverá aquele filho nascido de uma mãe casada, em que para todos os efeitos seu marido é o pai.

⁴⁴ Em 31.12.2019, “o número de candidaturas a aguardar propostas era sete vezes superior ao número de crianças em situação de adotabilidade. 70% das pretensões dos candidatos estavam voltadas para as crianças de 0 a 3 anos, enquanto as crianças neste grupo etário eram cerca de 18% do total. Por outro lado, as crianças com 7 anos ou mais eram 66%, enquanto que as pretensões dos candidatos para os respectivos grupos etários somavam 6%. Outros fatores condicionam o encaminhamento das crianças para as famílias, como sejam pertença a fratria e a situação de saúde. Menos de ¼ das pretensões dos candidatos estava direcionada para a adoção de irmãos. Daqueles que pretendiam fratrias, apenas 2,4% admitiam 3 irmãos, não havendo registro de candidaturas com pretensões acima desse número. 27% das crianças revelavam problemas de saúde graves e 31% eram portadoras de deficiência, enquanto que as pretensões dos candidatos correspondiam a 0,4% e 0,7% para estas situações respectivamente”. Dados divulgados pelo Conselho Nacional para a Adoção em seu Relatório Anual de Atividades de 2019. Disponível em:

<<http://www.seg-social.pt/documents/10152/17461974/Relat%C3%B3rio%20de%20atividades%20do%20Conselho%20Nacional%20para%20a%20Ado%C3%A7%C3%A3o%20-%20202019/28c5633b-5b16-47ac-8e0c-82b8c04f0c1a>> Acesso em 01 mai. 2021.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de... Op. Cit.* P.536.

⁴⁶ No mesmo sentido com o art. 1.796º, nº 2 do CC, encontra-se o art. 1.826º, nº 1 do mesmo diploma legal.

⁴⁷ Art. 1.597, incisos I e II do Código Civil Brasileiro.

⁴⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de... Op. Cit.* P.519.

O casamento, nesse caso, é a instituição protetora que recai sobre aquela criança, com importância superior até mesmo da fidelidade. Ainda que a intenção da lei tenha sido unir essa família pelos laços do matrimônio, sem se preocupar com os laços de sangue, o mencionado artigo não deixa de ser um marco presente na legislação portuguesa que desprivilegia o biologismo.

No mesmo sentido, o art. 1839, nº3, do CC, dispõe que se tratando de utilização de inseminação artificial, não é permitida a impugnação da paternidade pelo cônjuge que dela consentiu. O mencionado item não especifica tratar de hipóteses de inseminação de reprodução heteróloga ou homóloga⁴⁹, pelo que se pode extrair que ainda nos casos de reprodução por técnica heteróloga, a concordância na utilização da técnica bastaria para a constituição do vínculo de filiação, mesmo que ausente o biológico. Uma paternidade atribuída pela lei, por força do consentimento.⁵⁰

Sobre esse ponto, a autora Stela Barbás, levanta o questionamento se não seria possível considerar a relação de parentesco resultante da aplicação da regra contida no artigo como sendo uma diferente forma de relação jurídica familiar⁵¹, justamente pela ausência do critério biológico (nos casos de reprodução heteróloga), como também pela ausência da presunção da filiação pelo casamento, pois é uma filiação que advém da vontade.

Para Francisco de Aguiar, deve haver uma interpretação restritiva ao item 3 do artigo, em que o consentimento pode até levar ao vínculo filial, não de uma filiação igual às outras, mas sim uma “nova forma de filiação”, porém se trataria de um vínculo paralelo à filiação, que o autor define como semelhante à adoção. Ademais, seguindo seu pensamento, para que a regra contida no item se revele coerente, o doador não poderia ter nenhum vínculo de paternidade com o bebê que viesse a nascer.⁵²

Contudo, em completo desacordo com a determinação do artigo, defende que sendo a família o elemento “natural” da sociedade, devendo receber proteção do Estado,

⁴⁹ Seguindo a interpretação de Stela Barbás, “o legislador não distingue de que tipo de inseminação se trata: homóloga ou heteróloga. E, como de acordo com a velha regra de interpretação *ubi lex non distinguit nec distinguere debemus*, poder-se-á dizer que abrange as duas”. (BARBÁS, Stela. *Investigação da Filiação*. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.) *Estudos de Direito da bioética*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008 P. 36).

⁵⁰ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 49, n. III, p. 767-791. 1989. P. 773.

⁵¹ BARBÁS, Stela. *Investigação da... Op. Cit.* P. 36.

⁵² AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. 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*, Lisboa, n. 2, v. 41, p.655-713. 2000. P. 677.

a filiação natural não poderia sofrer interferências estatais no sentido de adulterar o critério biológico, que para o autor, “nesta matéria, se impõe”.⁵³

É certo que a regra contida no artigo trata de mais uma possibilidade para a existência de um vínculo filial, contudo, estranha-se a conceituação da hipótese de filiação que trata o nº 3 do art. 1.839º, do CC, como sendo uma filiação “paralela”, entonando uma maior fragilidade ou menor importância aos vínculos advindos da expressão da vontade do cônjuge e da adoção. Por essa razão, defende-se que o artigo cria uma possibilidade de constituição da filiação, mas ela é tão legítima quanto a que se utiliza da adoção, do critério biológico e da presunção de paternidade, não podendo ser desprivilegiada em relação às demais.

Embora o art. 1.839º seja, até mesmo, anterior a LPMA, a referida lei procurou estabelecer um regime geral de PMA heteróloga, através do seu art. 20º. O art. 20º, item 1, da LPMA reforça o entendimento apontado no CC português, contudo, amplia ainda mais o critério para que toda e qualquer pessoa casada ou unida de fato nas situações de recurso das técnicas seja havida como pai e mãe caso haja consentido, não restringindo os laços filiais de consentimento somente às hipóteses dos “maridos das mães”.⁵⁴

Ainda sobre o posicionamento do autor Francisco de Aguiar, quanto ao estabelecimento da filiação se subordinar à vontade dos progenitores seria uma violação à dignidade da pessoa humana em relação ao filho que viesse a nascer, em que o bebê, em suas palavras, “seria convertido num instrumento de livre arbítrio dos respectivos pais”, e esse seria um motivo pelo qual não se poderia criar situações de ausência *ab initio* de paternidade e maternidade jurídicas.⁵⁵

Em síntese, o autor tece duras críticas à possibilidade de reprodução com recurso de técnicas heterólogas, isto é, com a utilização de gametas de doadores, afirmando se tratar de admissão inconstitucional por violação do direito fundamental da família, em relação à proteção da sociedade e do Estado.⁵⁶ E ainda, que a possibilidade da reprodução heteróloga deveria ser encarada como uma violação ao princípio da tipicidade das fontes de filiação, não sendo válidos os contratos de doação de gametas com fins reprodutivos,

⁵³ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da... *Op.Cit.*P. 663-664.

⁵⁴ De acordo com Paula Martinho da Silva e Marta Costa, no referido artigo “o legislador português favoreceu a paternidade social, em detrimento da paternidade biológica”. (SILVA, Paula Martinho da.; COSTA, Marta. *A Lei da Procriação Medicamentada Assistida Anotada: e legislação complementar*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. P. 110).

⁵⁵ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da... *Op.Cit.* P. 665.

⁵⁶ *Ibid.*P.674.

devendo se ater ao princípio biológico como critério exclusivo de determinação da filiação humana.⁵⁷

Todavia, com o máximo respeito, discorda-se do autor em relação à valorização do critério biológico aos demais, até mesmo em relação ao princípio da tipicidade das fontes de filiação, em que, como anteriormente exposto, uma das mais antigas fontes filiais era a presunção de paternidade do marido da mãe, onde não se avalia o critério biológico.

Além disso, se defende que as fontes de filiação devem estar previstas, constituindo até mesmo um rol taxativo. Contudo, a previsão do art. 1.839, nº2 do CC, não rompe com o critério biológico relativo à filiação, nem institucionaliza a mentira biológica como defende o Autor. Trata-se apenas de mais uma hipótese de filiação em que os laços consanguíneos não são determinantes, a filiação se exprime por vontade, e por força de lei.

Em que pese a pequena abordagem no presente subcapítulo, serão tratadas oportunamente, e de maneira mais detalhada, as formas de estabelecimento da paternidade em Portugal no item 3.1.2 do presente estudo.

Por fim, a dualidade existente entre a reprodução homóloga e heteróloga, também desagua nas questões relativas à doação de gametas, o conhecimento da ascendência genética, os chamados bancos de espermas, os embriões excedentários e a procriação assistida *post mortem*. Tais temas não serão aprofundados, por não fazerem parte do ponto central da pesquisa a que se propôs, conforme anteriormente pontuado. Apesar disso, merecem ser mencionadas, pois possuem relevância em matéria de PMA.

Por outro lado, o instituto da gestação de substituição se apresenta como necessário de avaliação, pois é fundamental para a possibilidade de qualquer homem ou casais de homens se utilizarem das técnicas de PMA disponíveis com o objetivo de gerar uma criança. Sem a permissão e regulamentação da gestação de substituição é impossível que se possa aventar qualquer possibilidade desse grupo de pessoas recorrerem às técnicas de PMA. Ademais, vale lembrar que trata-se de um instituto e não é uma técnica em si, ele ultrapassa o domínio da PMA⁵⁸, mas por força do art. 1º, nº2 da LPMA, a ele se aplicaria a referida lei.

⁵⁷ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da... *Op. Cit.* P.686 e 689.

⁵⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº32/06, sobre...*Op. Cit.* P. 42.

1.4 Gestação de Substituição

O art. 8º, nº 1 da Lei nº 32/2006, LPMA, define a gestação de substituição (GS)⁵⁹ como sendo qualquer situação em que uma mulher se disponha a suportar uma gravidez, em benefício de outrem, e a entregar a criança após o parto, com a renúncia aos poderes e deveres próprios da maternidade.⁶⁰

Em outras palavras, é possível extrair da letra da lei que sempre ocorrerá GS quando uma mulher aceitar gerar um filho com o objetivo de entregá-lo para quem idealizou o projeto parental, renunciando à sua condição de mãe do bebê que vier a nascer. Na doutrina, o conceito apresentado pelos autores parte da ideia central exposta na legislação⁶¹, mas muitas vezes abarca somente uma ou outra modalidade do instituto, já que se trata de um assunto que divide opiniões e nem todas as modalidades são defendidas e aceitas por unanimidade.

Para os que partem da premissa que seria possível e legalmente admissível a gestação de substituição, pairam dúvidas e questionamentos acerca de quais modalidades estariam em concordância com o ordenamento jurídico português.

A primeira delas é a origem da gravidez que dará início à gestação com a entrega da criança, que pode resultar de ato sexual⁶² ou de recurso a uma das técnicas de PMA

⁵⁹ Nomenclatura utilizada na legislação portuguesa inserida pela Lei nº25/2016, que alterou a Lei nº32/2006 (LPMA), que antes denominava o instituto como “maternidade de substituição. Porém, é possível encontrar o mesmo instituto designado de outras formas na doutrina portuguesa e estrangeira, como “cessão temporária de útero”, “barriga de aluguer”, “doação temporária de útero”, “útero de substituição”, “*surrogacy*” em inglês, “maternidade de substituição” e *mietmutter* em alemão.

⁶⁰ A pesquisa decorrente do presente item tem como base o resultado de investigação a respeito da gestação de substituição a partir de relatório apresentado em setembro de 2019, aluna: Rafaela Braga Delmás de Lima, para a conclusão do primeiro ano do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica (FDUL), com o tema “Análise crítica do conteúdo dos acordos de Gestação de Substituição a partir do Ac. n. 225/2018 do Tribunal Constitucional”, apresentado na disciplina de Família e Sucessões, e não publicado.

⁶¹ De acordo com o professor Jorge Duarte Pinheiro, GS seria quando “uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto para outra mulher, reconhecendo a está a qualidade jurídica de mãe”. (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da Família...Op. Cit.* P. 179.) Já para Guilherme de Oliveira, classifica a *gestação de substituição* como um contrato pelo qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta todos os direitos sobre a criança, e até mesmo renunciando à própria qualificação jurídica de mãe. (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só uma duas! O Contrato de Gestação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. P. 8). Para a autora brasileira Maria Berenice Dias a GS seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a gestante obrigações de fazer e não fazer, e ao final, a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. (DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 426.)

⁶² O caso mais antigo que se tem conhecimento é o de Raquel, que sem poder dar um filho a seu marido Jacob, permitiu que o mesmo tivesse relações sexuais com a sua serva, para que a criança gerada fosse considerada filha de Raquel e Jacob. (Gênesis 29:1-36:5)

disponíveis. Focar-se-á somente na segunda, já que envolve necessariamente a PMA, objeto central do presente estudo.

A segunda classificação diz respeito à modalidade onerosa ou gratuita, em que se discute se deve a gestante receber remuneração para atuar como gestante de substituição, ou se tal mulher deve necessariamente aceitar participar do projeto parental de outrem sem receber nenhum montante em dinheiro para tanto.

Sobre essa questão, Guilherme de Oliveira, defende que o argumento mais firme a favor da gratuidade do contrato é de que o pagamento à gestante se traduz “numa coisificação da pessoa”, estabelecendo nas palavras do autor “um preço do bebê”, e sendo assim, contrário a dignidade da pessoa humana.⁶³

O autor, ainda pondera que para aqueles que defendem o caráter oneroso do contrato, não se trata de combinar o preço de um bebê, mas apenas pagar um serviço de caráter pessoal, como se paga ao médico que faz um aborto terapêutico e a clínica particular que cobra dinheiro, sem que se ouça dizer que por tal fato, o feto é tratado como uma coisa.⁶⁴

Ao final o autor reconhece que talvez se deva concluir que o contrato oneroso deve ser juridicamente inválido, não em razão de um baixo sentimento de ganância, mas sim porque a decisão de se tornar ou não gestante com esse fim deve centrar-se no ponto de vista individual, e para se afirmar que a declaração de vontade de alguém para tanto não foi livremente formada, é necessário mais do que a “tentação do dinheiro”.⁶⁵⁶⁶

Existe ainda, o quesito relativo à relação familiar entre a gestante e os beneficiários, já que para alguns países só se pode ser gestante com o propósito de

⁶³ No mesmo sentido, manifesta-se Giuseppe Cricenti, que afirma que um ato de disposição feito para fins de solidariedade não fere a dignidade humana, tanto quanto o mesmo ato feito com fins lucrativos. (CRICENTI, Giuseppe. I Diritti sul corpo. In. Pubblicazioni del Dipartimento di *Scienze Giuridiche. Università degli Studi di Roma. La Sapienza*, 18. Napoli: Jovene Editore, 2008. P. 200)

⁶⁴ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há...Op. Cit.* P. 22-23)

⁶⁵ Ibid. P. 31-32.

⁶⁶ Sobre tal fato, importa trazer o pensamento de Vera Lucia Raposo, a respeito de se estar diante de um serviço em que se utiliza o corpo. “Sublinhe-se, antes de mais, que o que se contrata é a prestação de um serviço. Aqueles que se incomodam com a classificação da gestação como um serviço devem questionar-se porque não os repugna que os demais serviços prestados com o corpo assim sejam qualificados, desde o trabalho manual ao trabalho intelectual, passando pelo desporto, pela moda ou pela pornografia, nenhuma destas práticas proibidas no nosso ordenamento jurídico. É certo que o artigo 280º, nº2 do CC declara nulos os contratos contrários à ordem pública e aos bons costumes. Mas a contratação de um serviço (no caso um serviço reprodutivo), mediante um contrato livremente celebrado à luz de um regime jurídico que acautele as pretensões e as necessidades das partes não entra nessa qualificação”. A Autora menciona ainda o fato de ser um contrato que envolve um terceiro e sua relação com os filhos de outrem, o que não seria muito diferente em sua concepção de uma ama de leite ou uma *nanny*, em que o convívio também é em determinado momento interrompido com a criança. (RAPOSO, Vera Lúcia. Quando a cegonha chega por contrato. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n. 88, mar., p. 26-27. Lisboa, 2012. P.26)

entregar o filho para outrem desde que pertencente à sua família, até um determinado grau específico.⁶⁷

Além disso, seria necessário um contrato existente entre as partes, onde cada uma expresse sua vontade antes da realização do procedimento. Em que pese acreditar ser o contrato escrito, a formalidade ideal (assim como dispôs a lei), defende-se que sempre será necessária a manifestação expressa da vontade tanto da gestante que entregará a criança quanto dos beneficiários, portanto, inerente à existência de um acordo de vontades entre as partes envolvidas.⁶⁸

Sobre a natureza desse contrato, Vera Lúcia Raposo afirma estar-se diante de uma prestação de serviços, ainda que *sui generis* e atípica, face ao contrato de prestação de serviços previsto no CC, pelo que para a autora, deve ser regulado como um contrato, “com respeito pela liberdade contratual dos intervenientes, com base no compromisso voluntário de ambas as partes”.⁶⁹ No mesmo sentido conclui o professor Jorge Duarte Pinheiro, também acreditando se estar diante de um contrato atípico.⁷⁰

A primeira versão da LPMA, determinava no art. 8º, nº 1, que seriam nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos de maternidade de substituição.⁷¹ E o nº3 do artigo indicava que a mulher que acabasse por suportar uma gravidez de outrem seria havida para todos os efeitos legais como mãe do bebê que viesse a nascer.⁷² Outro exemplo de que a maternidade e a paternidade não estavam necessariamente ligadas aos vínculos biológicos da criança nascida, já que como ressaltado pelo professor Carlos

⁶⁷ Como é o caso do Brasil, país que não possui lei específica para tratar de assuntos envolvendo a gestação de substituição, e nem regulamentação legal para a PMA. O país se utiliza somente das orientações do Conselho Federal de Medicina (CFM) brasileiro, que dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.”

⁶⁸ Conforme reconhece Maria Helena Diniz, “até mesmo o silêncio é fato gerador de negócio jurídico, quando em certas circunstâncias e usos indicar um comportamento hábil para produzir efeitos jurídicos e não for necessária a declaração expressa da vontade”. Sendo, no caso da GS, necessária a manifestação expressa de vontade para a sua realização, de todas as partes envolvidas. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*, 29ª Ed. 2012. P. 490).

⁶⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. A parte gestante está proibida de pintar as unhas: direito contratual e contratos de gestação, In. NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coord.). *Atas do Seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto: FDUP/CIJE, p. 169-188, 2017. P. 171.

⁷⁰ Conclui, o professor se estar diante de um contrato de prestação de serviço atípico, art. 1154, do CC. (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da Família... Op. Cit.* P. 182).

⁷¹ A LPMA, Lei nº32/2006, até 2015 utilizava o termo “maternidade de substituição”, depois passando a adotar “gestação de substituição”, com a alteração da Lei nº25/2016 de 22/08.

⁷² Ainda na primeira versão, o art. 39º, nº1, da LPMA, determinava que quem realizasse contratos de GS a título oneroso, seria punido com pena de prisão de 2 (dois) anos ou pena de multa de até 240 (duzentos e quarenta) dias. Para todos aqueles que promoviam a prática, por qualquer meio, e até mesmo intermediavam, o nº2 do mencionado artigo dispunha que a eles poderia ser aplicada uma pena de até 2 (dois) anos de prisão, ou até mesmo uma multa de até 240 (duzentos e quarenta dias).

Pamplona Corte-Real, se poderia estar diante de um caso de uma gestante que não contribuiu com o seu próprio material genético, e ainda assim, ela seria a mãe.⁷³

A solução legislativa na época, se pautou na atribuição da maternidade à gestante como uma tentativa de desestimular o negócio jurídico de gestação de substituição, justamente impondo um efeito contrário ao pretendido pelas partes.⁷⁴ Contudo, a determinação é passível de críticas porque foi pensada indo de encontro ao superior interesse da criança, principal interesse relevante.⁷⁵

A regra contida no artigo, até para os que entendem que os contratos de gestação de substituição devem ser considerados nulos, não é digna de aplausos, pois poderia criar situações em que a criança ficaria sem mãe. Ela seria entregue para adoção diante da recusa da gestante em aceitar a perfilhação de um bebê que gerou para outrem. Além disso, em razão da prática clandestina e em condições mais atentatórias para as partes envolvidas, principalmente para a mais frágil, a criança que viesse a nascer, não poderia ter a garantia dos resultados pretendidos com a proibição.^{76,77}

Segundo Vera Lucia Raposo, a solução para a prática de gestação de substituição não deveria ter sido, mesmo na época, a proibição, mas a criação de um regime jurídico que garantisse acompanhamento jurídico, e até mesmo psicológico às partes, e um controle estrito das prestações devidas, com um adequado período de reflexão para a mãe de substituição.

E conclui que, sobre a criminalização da GS, com fundamento na dignidade humana, tal princípio não poderia ter a sua invocação banalizada a ponto de se invocar a dignidade para conferir lastro jurídico a todas as soluções legais para as quais não se encontre outro fundamento.⁷⁸

O entendimento do instituto em Portugal mudou somente com a promulgação da Lei nº 25/2016, que passou a tratar em seu art. 1º, o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, lesão ou doença do órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, alterando os artigos 2º, 3º, 5º, 8º, 14º, 15º, 16º, 30º, 34º, 39º e 44º da LPMA.

⁷³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família: Tópicos para uma...Op. Cit.* P. 244

⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº32/06...*Op. Cit.* P. 42.

⁷⁵ *Ibid.* P. 245.

⁷⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas...*Op.Cit.* P. 127-128.

⁷⁷ Sobre a antiga disposição da lei, Tiago Duarte defendeu que a determinação de que a mãe gestante será a mãe (com o objetivo de punir a prática), é inconstitucional, por conter uma cláusula aberta, não definindo com o rigor e a certeza jurídica que se impõe o tipo penal que se cria. (DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei.* Coimbra: Almedina, 2003. P. 94).

⁷⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Quando a cegonha...*Op. Cit.* P. 26-27.

De certo, sem a referida mudança drástica ocasionada pela lei não se poderia nem discutir a possibilidade de homens independente de seu estado civil e orientação sexual recorrerem às técnicas de PMA, já que haveria a necessidade de recurso a GS para tanto. A partir de 2016 o ordenamento jurídico português, que considerava nulos os negócios jurídicos onerosos e gratuitos com esse fim e punia penalmente os partícipes dos contratos onerosos, alterou-se para permiti-los, ainda que em caráter excepcional.

O artigo 8º, da LPMA, restringia a utilização às mulheres inférteis, a partir de uma técnica de PMA (excludente, portanto, a resultante de ato sexual), em que os gametas deveriam ser pelo menos de um dos beneficiários, jamais sendo utilizado o ovócito da gestante. Também não seriam permitidos os contratos onerosos, restringindo-se o pagamento às despesas decorrentes da gestação apenas, e para a realização do procedimento em território português também seria necessária a autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA).

Qualquer relação de subordinação entre a gestante e os beneficiários também seria proibida, assim como não poderia haver a determinação de restrições comportamentais à gestante. A mais importante de todas as mudanças no referido artigo, foi enfim, a determinação para que a criança gerada fosse entregue aos beneficiários e fosse tida como filha deles. Nulos os demais contratos de GS realizados em desrespeito a tais disposições.

A gestação de substituição em Portugal permaneceu com esse formato após a Lei nº 25/2016, sendo novamente objeto de discussão legal no ano de 2018, por meio do Acórdão (Ac.) nº 225/2018⁷⁹, em que o Tribunal Constitucional português examinou o pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral de certos preceitos contidos na LPMA, um deles o art. 8º, nº1 a 12, e as demais normas (ou parte delas) que se referissem à gestação de substituição na lei.⁸⁰

Em relação a decisão proferida pelo Tribunal, foi declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória das normas dos nº4, 10 e 11 do art. 8º da LPMA, e consequentemente das normas dos nº2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de um negócio de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia. Como também, foi declarado inconstitucional com força

⁷⁹ Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>> Acesso em 01 mai. 2021.

⁸⁰ O art. 2º, nº2; art. 3º, nº1; art. 5º, nº1, art. 14º, nº5 e 6; art. 16º, nº1; art. 30º, alínea p); art. 34º; art. 39º; art. 44º, nº1, alínea b). Também foi objeto do mencionado acórdão o art. 15º, da LPMA, que trata da confidencialidade, nos nº1 e 4, conjugados com o art. 10º, nº1 e 2, art. 19º, nº1, e o art. 20º, nº3, da LPMA, que trata da determinação da paternidade.

obrigatória geral a norma do n°8, do art. 8º, da LPMA, em conjugação com o n° 5º do art. 14º da mesma lei.

O Ac. n° 225/2018 não somente tratou da gestação de substituição em Portugal, mas também, dispôs sobre o sigilo às crianças nascidas a partir das técnicas de PMA, e o sigilo à identidade dos doadores e da gestante de substituição, assuntos de extrema relevância no campo da PMA.⁸¹

Da análise do modelo português de gestação de substituição, instituído pela lei, foram reconhecidas três consequências importantes do instituto, a primeira que ele possui relevância constitucional positiva, pois atende aos interesses de quem dela se utilizam, a segunda, é que o seu reconhecimento legal, como meio de suprir incapacidade natural da beneficiária de gerar uma criança, corresponde a uma opção livre do legislador (isto é, o tribunal afirma que a GS nesses casos não é imposta, mas tolerada e até mesmo estimada, pela ordem constitucional).

A terceira, sobre gratuidade do negócio, regra já existente antes das mudanças ocasionadas pelo acórdão constitucional, foi tratada como “incontornável de liberdade da gestante”, e de respeito à dignidade.

No entanto, de todas as consequências do acórdão relativas à gestação de substituição, a de maior contraste com o formato anterior foi a permissão de arrependimento da gestante. Foi reconhecida a possibilidade de revogação do consentimento dado pela gestante, e nesse caso, sua abstenção de entregar a criança aos beneficiários, com o estabelecimento ao final de um vínculo de filiação entre a gestante e o bebê que viesse a nascer.⁸²

O fundamento utilizado foi de que seria constitucionalmente exigível que o consentimento prestado pela gestante de substituição se mantivesse atual durante todo o processo. No caso de revogação de tal consentimento seria aplicado o critério de filiação

⁸¹ Temáticas que, não serão aprofundadas na presente dissertação, por se tratar de assuntos que não podem ser esgotados em poucas linhas, portanto, merecedores de estudo independente, conforme anteriormente mencionado. Ademais, foi declarada a inconstitucionalidade consequente com força obrigatória da norma do art. 8º, n°7, e n°12º, da LPMA e a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas do n°1, que impõe obrigação de sigilo às pessoas nascidas do processo de PMA com recurso à doação de gametas ou embriões, e o sigilo à identidade dos doadores e da própria gestante de substituição. Por fim, também foi declarada a inconstitucionalidade do art. 15º, n°4 da LPMA. O acórdão constitucional ainda fez uma ressalva, declarando que a inconstitucionalidade dos preceitos até o art. 8º, n°7, da LPMA, não seria aplicada aos contratos de GS autorizados pelo CNPMA, que se referem aqueles que já se encontram em processo de execução, com o início dos processos terapêuticos do art. 14º, n°4 da LPMA.

⁸² Sobre isso, Vera Lúcia Raposo relaciona a solução ao direito comparado, “note-se que a qualificação da gestante de substituição como mãe legal não é uma solução estranha no direito comparado, mesmo no âmbito de ordenamentos jurídicos que admitem contratos de gestação”, mas conclui ser uma solução criticável em vários níveis. (RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você... *Op. Cit.* P. 12-13.)

presente no art. 1796º, do CC, que determina que relativamente à mãe, a filiação estabelece-se pelo nascimento.

A determinação não impõe, como era antes previsto, que a criança nascida fosse tida como filha da gestante⁸³, mas sim, estabelece duas possibilidades, a critério da gestante, permanecer com o bebê como seu filho ou entregá-lo aos beneficiários (somente possível a entrega a eles).⁸⁴

Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) nº 255/2018, o consentimento da gestante se traduz num exercício do seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade. Acerca da revogação do consentimento, Maria Clara Sottomayor⁸⁵, dispõe que o consentimento expresso pela gestante deve ser atual, isto é, prestado em momento posterior ao parto, mas em um prazo que deveria ser estipulado pelo legislador. Embora antes da realização do procedimento a gestante vá manifestar o seu consentimento, este será levado em consideração para a utilização da técnica e implantação do embrião. Justamente após esse momento, é que o tribunal determina que o seu consentimento, dado anteriormente, pode ser revogado.

Reconhecendo a necessidade do legislador de determinar tal prazo, a referida magistrada, estabelece como referência o art. 1982º, nº 3 do Código Civil, que trata do consentimento dado pela mãe para adoção, que só pode ser dado depois de seis semanas após o parto. Desse modo, a maternidade é estabelecida em relação à gestante, no momento do nascimento, e a consagração da parentalidade dos beneficiários, caso em que a gestante renuncia ao bebê, seria estabelecida por via judicial, e não somente mediante a entrega da criança.⁸⁶

Para a juíza, uma de suas divergências apresentadas ao Acórdão foi que a inconstitucionalidade do art. 8º, nº7 da LPMA não colocou em causa o modelo português de regulação da GS. Segundo ela, não seria possível um sistema em que a filiação em

⁸³ De acordo com o professor Jorge Duarte Pinheiro “Nos casos de maternidade de substituição exclusivamente gestacionais, atribuir à mãe portadora a qualidade legal de mãe pode representar um fator de criação de uma situação de risco para a criança, dada a escassa motivação da mãe forçada para a prestação de cuidados parentais”. (PINHEIRO, Jorge Duarte. Mãe Portadora. In. ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. II. Coimbra: Almedina, p. 323-344. 2008. P.338).

⁸⁴ Para Vera Lúcia Raposo, o direito ao arrependimento é uma das matérias mais discutidas em relação à gestação de substituição, sendo, provavelmente, o maior obstáculo para aceitação do instituto. (RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você... *Op. Cit.* P. 15).

⁸⁵ Na ocasião, juíza do Tribunal Constitucional, que em relação ao Ac. nº225/2018, foi parcialmente vencida, nos termos do voto que seguiu ao final do acórdão.

⁸⁶ Sistema utilizado na Inglaterra com o nome de “*parental orders*”, desde 1985, que segundo a magistrada não apresenta riscos, as gestantes procedem à entrega das crianças e consentem na transferência da parentalidade para os beneficiários (conforme *Surrogacy in the United Kingdom (UK): Myth busting and reform, Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, November 2015*).

relação aos beneficiários se estabeleça por via legal automática quando do nascimento do bebê, e possa ser extinta pela revogação do consentimento da grávida, passando a vigorar o critério de filiação do art. 1796º, nº1 do CC, somente pela vontade única da gestante.

Do mesmo modo, não seria viável que a parentalidade fosse transferida para os beneficiários sem nenhum ato de reconhecimento judicial, por ser incerta a decisão da gestante, incerteza esta, incompatível com o interesse da criança.⁸⁷ A discussão acerca da constituição da filiação do bebê gerado, será melhor abordada no item 3.1.2 do presente trabalho.

Em que pese a ponderação realizada pela magistrada em seu voto vencido, chama atenção o fato de que, apesar da declaração de inconstitucionalidade nos artigos que tratavam da gestação de substituição na LPMA, principalmente em razão da possibilidade de revogação do consentimento, não foi determinada pelo Tribunal a proibição do procedimento em solo português, mas criou-se um vazio legal, não se podendo afirmar, a princípio, quais seriam os moldes de uma GS realizada em Portugal, por ausência de regulamentação.

Sobre tal fato, o professor Jorge Duarte Pinheiro, afirma que seguindo a orientação do art. 282º, da CRP, passaria a vigorar novamente o disposto nos nº1 e 3 do art. 8º da primeira versão da LPMA, de que seriam nulos os negócios jurídicos gratuitos ou onerosos de maternidade de substituição, e ainda, que a mulher que suportasse gravidez para outrem seria havida como mãe da criança, para todos os efeitos legais.

Contudo, o autor pondera que, mesmo para “os adversários da gestação de substituição” a reprecinação do art. 8º, nº3 da LPMA em sua redação original seria pouco aceitável, se no caso a gestante não tiver contribuído com as células reprodutivas, mas sendo essas dos beneficiários, em razão de se estar diante de uma maternidade puramente gestacional.⁸⁸

Essa situação é de extrema importância para o presente estudo, pois, conforme mencionado anteriormente, a análise do recurso à PMA por homens, independente do seu estado civil e orientação sexual, necessariamente precisa passar pela aceitação da GS em

⁸⁷ Em sentido oposto, Stela Barbas, ao tratar de sua proposta de redação para os artigos relativos à gestação de substituição, em relação aos casos em que a beneficiária é a doadora do material genético, afirma que considerar a mãe portadora (gestante de substituição) sempre como a mãe legal envolveria necessariamente uma contradição: “é extraordinariamente difícil conceber que a mãe genética (dadora do óvulo) tivesse que recorrer ao tradicional processo de adoção para a criação de um vínculo de filiação com o seu próprio descendente genético”. Segundo ela, “a mãe hospedeira que forneceu o óvulo deve ser considerada a mãe legal”. Contudo, “se os ovócitos são provenientes de uma terceira mulher, é tida como mãe a parturiente”. (BARBAS, Stela. *Investigação da... Op.Cit.* P. 51-52) (nota de rodapé).

⁸⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da Família...Op. Cit.* P. 189.

Portugal. Sem essa possibilidade, o caminho para a utilização das técnicas pelos homens, pessoas incapazes por natureza de gerar uma criança (pelo menos a princípio), teria que antes de mais, ocorrer mudança no entendimento da possibilidade da gestação de substituição, já que a proibição do instituto - caso assim fosse o regime português – seria o argumento que justificaria o afastamento de tais recursos às pessoas do sexo masculino.

Em todo o caso, é curioso que toda a discussão em relação à gestação de substituição leva em consideração somente as mulheres, limitando os homens a um papel secundário de acompanhantes. Como bem acentua Maria Margarida Silva Pereira, tudo se passa “neste contexto dialógico entre mulheres, como se os homens ficassem marginalizados do contrato de gestação de substituição”, como se eles fossem apenas acompanhantes, figuras parceiras das femininas nos casamentos e uniões de facto heterossexuais “os acompanhantes de mulheres desejosas de aceder a maternidade, quedando-se eles numa posição neutra face ao drama das suas mulheres inférteis”.⁸⁹

Segundo a autora, a LPMA radica a utilização da GS a uma impossibilidade feminina, não há motivos para a discrepância em relação aos homens, por falta de coerência com o restante do ordenamento que permite a adoção nessas condições, importando, portanto, um debate intenso sobre uma solução nesse domínio.⁹⁰

De fato, é comum o tratamento dos beneficiários como sendo um casal heterossexual. A todo momento, as questões giram em torno da disputa de maternidade entre a gestante e a beneficiária, mesmo após a permissão de mulheres e casais de mulheres às técnicas de PMA, em que é possível que uma outra mulher esteja “concorrendo” à maternidade juntamente com a sua esposa ou companheira. Por outro lado, os homens apenas beiram as problemáticas como se não fizessem parte delas.

No mesmo sentido, a professora Maria Margarida Silva Pereira ressalta ser necessário que a gestação de substituição seja regulamentada em âmbito mundial nos países democráticos e “de forma restritiva e profundamente cuidadosa”, sob pena de se criar um enorme vazio jurídico, como já citado, em domínios importantes como direitos humanos: os de gênero e os direitos das crianças.⁹¹

Além disso, concorda-se com o posicionamento da juíza Maria Clara Sottomayor, de que a referida decisão ao colocar na balança os interesses do bebê que irá nascer, os dos beneficiários e os da gestante, priorizou sem sombra de dúvidas o dessa

⁸⁹ PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da... Op. Cit.* P. 887.

⁹⁰ *Ibid.* P. 895

⁹¹ *Ibid.* P. 884.

última. Quase como um retrocesso ao modelo anterior, maquiado com uma alegação de ponderação do princípio do melhor interesse da criança que, na verdade, parece não ter havido.

Em síntese, a conclusão que chegou o Tribunal Constitucional por meio do acórdão apresentado, importa para o tema a que se propôs a presente dissertação pois ela permite a GS⁹², mas não a disciplina, o que traz uma insegurança jurídica para aqueles que buscam a realização de tal projeto parental, e com isso, pela ausência de regulamentação necessária diminui-se a busca no país pela utilização de tais técnicas com recurso a esse tipo de gestação. Tal fato cria dificuldade ainda maior na luta dos homens em geral na busca de consagração de seus direitos para esse tipo de procedimento.

Ainda que estivesse pendente a questão da regulamentação da GS em Portugal, não houve proibição de sua prática em solo português, e mesmo assim o legislador escolheu afastar os homens sozinhos e casais de homens ao acesso das técnicas de PMA.

Por fim, importa mencionar que, no decorrer da elaboração do presente trabalho, o Tribunal Constitucional, através do Ac. TC nº 465/2019, pronunciou-se a respeito da inconstitucionalidade da norma constante do art. 2º do decreto nº 383/XIII da Assembleia da República, na parte em que ele reintroduz o nº 8 do art. 8º da LPMA, fazendo-o transitar para o nº13 do mesmo artigo, e no aditamento do nº15, alínea j) também do art. 8º, por entender que a questão sobre o consentimento da gestante já havia sido discutida recentemente, através do Ac. TC nº 255/2018, e em que pese ser possível a mudança de posicionamento da corte, foram declarados expressamente inconstitucionais os dispositivos da LMPA que autorizavam a revogação do consentimento prestado pela gestante após o início do projeto parental, não sendo possível que o referido decreto passasse por cima do que o Tribunal Constitucional decidiu sobre o tema.

No mais, no mesmo sentido, nesse interim, também foi promulgada a lei nº 90/2021 de 16 de dezembro, a fim de eliminar o vazio deixado pelas inconstitucionalidades declaradas pelo Ac. TC nº 255/2018 na LPMA, alterando o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, regulamentando o instituto a partir das

⁹² Nesse sentido, Rafael Vale e Reis é categórico ao afirmar que “resulta claro do acórdão que a gestação de substituição não se apresenta a se contrária à Constituição”. (REIS, Rafael Vale e. *Procriação Medicamente Assistida: Gestação de Substituição, Anonimato do Doador e Outros Problemas*, 1ª Ed. Coimbra: Gestlegal, 2022.P. 234).

mudanças realizadas pelo acórdão a respeito do consentimento da gestante, e outros aspectos relevantes.⁹³

O art. 8º, nº2, da LPMA passou a ter uma nova redação, admitindo a GS somente a título excepcional e com natureza gratuita nos casos de ausência de útero, lesão, doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher. Deixando bem claro, que o regime da GS foi pensado somente para o recurso das mulheres, sem se pensar que o referido instituto também seria a solução para a questão da impossibilidade⁹⁴, de homens sozinhos e casais de homens, terem filhos a partir do recurso à PMA, restando evidente que a partir do momento que é inviabilizada a GS aos casais de homens ou qualquer homem, independente do seu estado civil e orientação sexual, também lhes está sendo vedado necessariamente o acesso à PMA.

Houve, também, alteração do art. 8º, no nº3, 4 (anterior nº3), 5, 6, 7 (anterior nº5), 8 (anterior nº6), 9, 10, 11, 13,14, com a revogação do nº12, todos com o objetivo de melhor regulamentar a GS. Das alterações do art. 8º, chama atenção a do nº10, que trata da validade e eficácia do consentimento das partes envolvidas, afirmando que, por vontade da gestante, a mesma pode revogar o seu consentimento livre até o registro da criança nascida, ao contrário do que era previsto no art.14º, nº 4 e 5, da LPMA, que dispunha que o consentimento dos beneficiários era livremente revogável até o início dos processos terapêuticos de PMA, e que tal disposição valia para as gestantes de substituição.

Ou seja, ao que parece, houve uma prevalência do direito de uma das partes em detrimento do que fora civilmente pactuado através do contrato, balança positiva dos

⁹³ Antes mesmo da referida alteração, a LPMA foi alterada duas vezes, pela Lei nº48/2019 de 08 de julho, que alterou a parte do regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistidas, e permitiu que os maiores de 18 anos obtivessem informação sobre a identificação civil do doador; e pela Lei nº72/2021 de 12 de novembro, que permitiu o recurso a técnicas de procriação assistida através da inseminação com o sêmen após a morte do doador, nos casos de projetos parentais, expressamente consentidos.

⁹⁴ João Carlos Loureiro critica a utilização do termo infertilidade para casos em que haja uma impossibilidade biofísica de fecundação, como no caso de um homem sozinho, um casal de homens, e dispõe que “a infertilidade é um conceito com arrimo no domínio da biologia e da medicina, e o seu diagnóstico, que a lei expressamente impõe, tem de ser feito segundo as regras da arte e não de acordo com uma reinvenção hermenêutica. É indubitável que a expressão infertilidade não cobre a ‘esterilidade relacional’ que caracteriza as uniões entre pessoas do mesmo sexo”. (LOUREIRO, João Carlos. Há mais vida para além da letra: a questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei de procriação medicamente assistida. *Revista Portuguesa de Bioética*. Caderno de Bioética. Coimbra, n.11, p. 273-293, jun.2010. P. 284).

princípios do direito da família em detrimento do direito civil e do que gere a autonomia da vontade contratual, com a possibilidade da revogação da gestante.⁹⁵

Contudo, só foram levados ao patamar máximo os direitos da gestante, sem avaliação do que seria melhor caso a caso para o bebê, numa eventual vontade de revogação do consentimento, o que de imediato afronta o braço importante do direito de família que é o superior interesse da criança, assunto que será explorado no item 2.4.

Como consequência, a Lei nº 90/2021, também alterou o art. 14º, nº5, para que constasse expressamente que o consentimento da gestante de substituição seria livremente revogável até o momento do registro da criança, em conformidade com a nova redação do nº10 do art. 8º da LPMA.

Por fim, também foram alterados o art. 39º a respeito das penas de quem violar as disposições relativas à GS, e foram adicionados os art. 13º-A e art. 13º-B, contendo os direitos e deveres da gestante de substituição, respectivamente.

Apesar da gestação de substituição trazer tantos debates tentadores a serem investigados e discutidos, reserva-se o direito de somente mencionar alguns deles, como realizado até o presente ponto, sem traçar entendimentos fechados e conclusões sobre cada tópico, posto que impossível sem a apresentação detalhada do posicionamento de autores portugueses consagrados acerca de cada questão, inclusive, em relação à revogação do consentimento da gestante, em momento posterior ao início da utilização das técnicas de procriação. A intenção do presente subcapítulo era somente a de fornecer, em caráter geral, um breve panorama de como está sendo regulamentada a gestação de substituição em Portugal.

Assim, para prosseguimento do estudo relativo aos homens, é primordial a análise do que a lei dispõe acerca do acesso à PMA a partir da submissão desse conteúdo aos princípios constitucionais, direitos e garantias presentes no ordenamento jurídico português, principalmente em relação ao superior interesse da criança, por ser o produto final de toda a discussão. Manifesto, portanto, os interesses dele acima dos demais envolvidos.

⁹⁵ Sobre isso, manifesta-se Vera Lucia Raposo, ao afirmar que “a incerteza quanto ao desfecho de um contrato de gestação, quanto ao carácter mais ou menos vinculativo das manifestações de vontade nele plasmadas, quanto às cláusulas que podem ser legitimamente incluídas e quanto ao carácter executório do contrato arrisca-se a colocar em causa vários direitos fundamentais, nomeadamente o direito à reprodução e a constituir família por parte dos beneficiários das técnicas, e a liberdade de disposição do corpo, no caso da gestante de substituição”. (RAPOSO, Vera Lúcia. A parte gestante está proibida de pintar...*Op. Cit.* P. 186).

2. O acesso dos homens à PMA: análise a partir dos princípios presentes na Constituição portuguesa e no ordenamento jurídico português

2.1 Princípios Constitucionais

De acordo com o conceito fornecido por J. M. Leoni, “o vocábulo princípio, significa proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”. Para o autor, em razão de sua própria evidência, os princípios não carecem de fundamentação dialética. Além disso, se poderia afirmar que os princípios são ideias diretrizes que justificam o caráter racional do ordenamento.⁹⁶ Um princípio constitucional é uma das finalidades a ser buscada e preservada dentro de um ordenamento jurídico.⁹⁷

Rodrigo da Cunha questiona que em uma sociedade contemporânea, pluralista e multicultural sempre surgem novos interesses e modelos de convivência, fazendo-se necessária uma reflexão mais cuidadosa pelo intérprete. No entanto, o que seria possível fazer quando se está diante de situações em que o regramento jurídico não oferece respostas, ou seja, quando as leis dispostas não são capazes de solucionar os conflitos existentes?⁹⁸

Segundo o professor Carlos Pamplona Corte-Real, são os princípios como o Direito à identidade, à liberdade, à igualdade e o respeito pela dignidade humana, que ao lado dos critérios biológicos ou não, regerão a descoberta de normas mais verossímeis para a superação das “múltiplas situações lacunares” que surgem para serem resolvidas no campo da procriação assistida, principalmente em matéria de filiação.

De acordo com José de Oliveira Ascensão, não há que se procurar na Constituição as soluções concretas, mas as grandes orientações, que vão buscar não

⁹⁶ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Direito Civil: Família*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 17.

⁹⁷ Segundo Norberto Bobbio, os princípios servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E desse modo, deveriam ser compreendidos dentro da categoria de normas. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, p.158. 1999).

⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da família*. P.157. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná – UFPR). Curitiba, 2004. P. 20

apenas à luz da noção substancial de pessoa, mas por meio da análise do conteúdo dos direitos consagrados.⁹⁹

A cada nova descoberta e tecnologia em matéria de PMA, diferentes possibilidades e mais questionamentos se formam no campo jurídico para serem solucionados. De acordo com o ilustre professor, são os princípios fundamentais (materiais ou formais) que estão aptos a nortear as respostas que devem ser feitas para essas novas perguntas, pois eles contribuem para a ideia de plenitude virtual de um ordenamento. Apesar de ainda existirem “inevitáveis margens de indeterminação aplicativa”,¹⁰⁰ por conta da natural omissão que acaba por existir em qualquer ordenamento jurídico.¹⁰¹

Além disso, como qualquer lei dentro do ordenamento jurídico português, a LPMA está condicionada aos princípios fundamentais constitucionais, devendo estar em conformidade com tais princípios, e principalmente, ser interpretada em harmonia para com eles.¹⁰²

No mesmo sentido, Rolf Madaleno reconhece a importância efetiva dos princípios no Direito das Famílias, pois são eles que difundem dentro daquela unidade a promoção da dignidade, da solidariedade, construindo dentro da família contemporânea o respeito à liberdade e felicidade de seus componentes, o que não apenas garante a imediata eficácia da norma constitucional, mas, sobretudo a sua efetividade social, e permite analisar se os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos.¹⁰³

O capítulo anterior ocupou-se a analisar os beneficiários legitimados a recorrer às técnicas de PMA, segundo a lei, bem como fez um comparativo entre os tipos de reprodução, heteróloga e homóloga, e introduziu o conceito de gestação de substituição e suas modalidades. Superadas as questões introdutórias, parte-se para o exame das disposições acerca do acesso à LPMA, a partir das normas e diretivas contidas na CRP, a começar pelos princípios constitucionais, seguidos pelo direito fundamental ao planejamento familiar e ao melhor interesse da criança.

⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e Bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 51, n. II, p. 429-458, jun. 1991.P. 432.

¹⁰⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Familiares...*Op. Cit.* P. 99.

¹⁰¹ No mesmo sentido, o professor Jorge Duarte Pinheiro, afirma que na falta da lei, as lacunas podem ser supridas na utilização dos dados do próprio sistema, como o direito a constituir família em condições de plena igualdade, o direito a identidade pessoal, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança. (PINHEIRO, Jorge Duarte. *A Necessidade...Op. Cit.* P. 206.)

¹⁰² CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Familiares...*Op. Cit.* P. 166.

¹⁰³ MADALENO, Rolf. *Curso de...Op.Cit.* P.45.

Por ser o ponto central da problemática apresentada no presente estudo, é fundamental analisar o princípio da igualdade, com o enfoque na igualdade de gênero e orientação sexual.

Antes de mais, importa ressaltar, que a análise realizada no presente capítulo, em relação aos princípios constitucionais e demais normas do ordenamento civil português, não vislumbra avaliar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da LPMA, conforme mencionado na introdução, servindo o capítulo 2 apenas para averiguar se o acesso à PMA, garantido pela lei, se coaduna com tais princípios, garantias e normas, ou se lhes parece incongruente.

Sempre que se propõe desenvolver um trabalho jurídico controvertido, principalmente na área do direito de família, acredita-se que não se pode furtar às investigações do tema a partir dos princípios fundamentais, preceitos e garantias constitucionais daquele ordenamento jurídico objeto de análise, pois não se enxerga a possibilidade de apresentar uma ideia, uma proposta de mudança, ou algo já implementado, sem passar pelo crivo de todos eles. Sem esse debate, entende-se que o estudo não se sustenta.

2.1.1 Igualdade e Igualdade de Gênero

A CRP consagra o princípio da universalidade no nº1 do art. 12º, posto que todos os cidadãos gozam de direitos e estão sujeitos a deveres determinados na Constituição. Em outras palavras, todos igualmente, sem exceção aparente, possuem uma gama de direitos e deveres, o que reconhece a cada indivíduo a posição de cidadão em iguais condições.¹⁰⁴

Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o primeiro princípio geral dos direitos (e dos deveres) fundamentais é o da universalidade, em que todas as pessoas,

¹⁰⁴ Sobre igualdade formal e material, Jorge Miranda pontua “é conhecida a dicotomia igualdade jurídica-igualdade social ou igualdade perante a lei (como é mais frequente dizer) – igualdade na sociedade; e tomando-se a primeira como mera igualdade jurídico-formal e a segunda como igualdade jurídico-material, ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e económica existente e a consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar (seja qual for a orientação política que se adote)”. (MIRANDA, Jorge. Sobre a relevância Constitucional da Família. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. p. 95/107. 2017.P. 88)

simplesmente por serem pessoas, são, por essa razão, tanto titulares quanto sujeitos de direitos e deveres fundamentais.¹⁰⁵

O artigo seguinte, art. 13º do mesmo diploma legal, determina em seu nº1, que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social, sendo exatamente iguais perante a lei, seguindo os mesmos critérios do artigo anterior de universalidade da aplicação da norma. O nº2 do art. 13º,¹⁰⁶ trata da impossibilidade de tratamento diferenciado, que beneficie ou prejudique, prive de qualquer direito ou dispense de qualquer dever em razão de qualquer categoria subjetiva¹⁰⁷ disposta no artigo, consagrando o princípio da igualdade. Apenas em relação a duas categorias, do conjunto disposto no artigo, é que se irá debruçar no presente subcapítulo: sexo (ou gênero) e orientação sexual.

Retornando ao princípio geral da igualdade, deve ser frisado que é um dos princípios estruturantes do sistema global, segundo os notáveis constitucionalistas acima mencionados, está conjugado às dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado Democrático e Social de Direito.¹⁰⁸ Isso porque, a igualdade é um dos fatores determinantes para a garantia ao poder do povo, servindo-lhe como base para que haja democracia.

O discurso da igualdade, também está intrinsecamente vinculado à cidadania, que segundo Rodrigo da Cunha Pereira, é outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe também o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no mesmo laço social.¹⁰⁹

Ademais, o princípio da igualdade é corolário para a interpretação dos demais princípios, como p.e a igual dignidade humana de todas as pessoas, que consiste na idêntica “validade cívica” de todos os cidadãos, independente de sua inserção econômica, social, cultural e política, proibindo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias.¹¹⁰

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 328.

¹⁰⁶ Art. 13, nº1 da CRP: Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei; nº2: Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

¹⁰⁷ De acordo com Vital Moreira e Canotilho, o nº2 do art. 13 da CRP, descreve o que eles chamam de “um conjunto de fatores de discriminação ilegítimos”. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op.Cit.* P. 340)

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op.Cit.* P. 336

¹⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais...Op. Cit.* P. 100.

¹¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op.Cit.* P. 337-338.

Entretanto, não se deve ignorar que tanto a liberdade quanto a igualdade dos homens e mulheres não são um dado de fato, mas um ideal a se perseguir, não devendo ser encarados como exigência, mas como um valor, um dever ser.¹¹¹

Sobre isso, a aplicação do princípio da igualdade, não pode considerar um sujeito sem as suas singularidades, não se devendo igualar sujeitos diferentes na letra da lei de forma a ignorar as variáveis que o tornam singular e único dentro de um contexto histórico.¹¹²

No mesmo sentido que, “nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual”, e tampouco, “nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual”.¹¹³ Apesar disso, é possível buscar um tratamento igualitário entre homens e mulheres, independente de sua orientação sexual.

Tratando-se do princípio da igualdade a partir desses dois pontos – diferenças de gênero e orientação sexual – que são o foco do presente item, Rolf Madaleno chama atenção ao fato de que tais diferenciações, quando formam a maioria social, seguem, insuscetíveis de absorções pelo mero texto da lei, que cria a igualdade ideal, embora saiba que é impossível aplicá-la a todos, pois ainda existe a discriminação das minorias.¹¹⁴

Conforme anteriormente tratado, a LPMA quando admite em seu art.6º, nº1 a possibilidade de uma mulher independente de sua orientação sexual e seu estado civil recorrer às técnicas de procriação medicamente assistidas, elimina por força de lei a impossibilidade de que preconceitos sociais ligados a esses dois critérios a impeçam de seguir em frente com seu projeto parental, de modo que para que essa mulher busque por tais recursos, não importa o que o meio social em que ela vive, pense ao seu respeito. A lei lhe garante essa possibilidade.

Assim, ainda que se viva em uma sociedade extremamente preconceituosa e atrasada é possível, que através da legislação, essas mazelas sejam afastadas. A questão que se levanta é que, se os preconceitos relacionados à orientação sexual e o estado civil de uma mulher foram “superados” por força de lei, para que ela recorra às técnicas de

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18.

¹¹² A professora brasileira Thamís Dalsenter chama à atenção para o fato de que era comum nos séculos XVIII e XIV as expressões dos valores norteadores da cultura jurídica não considerarem os indivíduos em sua singularidade, sendo o sujeito igualado na letra da lei. (CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes...Op.Cit.* P. 34).

¹¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op.Cit.* P. 339.

¹¹⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de...Op.Cit.* P.51.

procriação medicamente assistida, então, por que tais elementos ainda se apresentam como um obstáculo em relação aos indivíduos do sexo masculino?¹¹⁵

A Constituição Federal Brasileira é específica ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, em seu art. 5º, inciso I, reforçando que ambos são iguais em direitos e obrigações, o que foi reiterado também no texto constitucional no art. 226, §5º da carta magna brasileira, em relação aos direitos conjugais exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.¹¹⁶

Do mesmo modo, o art. 9º, alínea h), da CRP trata a promoção da igualdade entre homens e mulheres como uma tarefa fundamental do estado, assim como o art. 13º também da CRP trata da impossibilidade de diferenciação entre pessoas em razão do sexo, o que deveria bastar para que houvesse, ou fosse impulsionado, o tratamento igual entre homens e mulheres dentro do ordenamento jurídico português, incluindo a LPMA, pelo menos todas as vezes que inexistisse justificativa e embasamento legal para o tratamento diferente.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o âmbito de proteção do princípio da igualdade abrange na ordem constitucional portuguesa as seguintes dimensões: a *proibição do arbítrio*, *obrigação de diferenciação* e *proibição de discriminação* (que será tratada no item 2.1.1.1).

Sobre a *proibição do arbítrio*, os autores trazem como sendo inadmissível qualquer diferenciação de tratamento sem justificativa razoável, considerando critérios objetivos e constitucionalmente relevantes, o que significa que para situações manifestamente distintas não se pode dar o mesmo tipo de tratamento.

Em outras palavras, quando uma medida legislativa não tem adequado suporte material existe uma infração ao princípio da igualdade enquanto *proibição do arbítrio*. Não podendo ser produzida uma desigualdade de tratamento a um grupo em relação a outro grupo de destinatários se inexistente qualquer diferença que justifique o tratamento

¹¹⁵ Na época que ainda não era reconhecido às mães solteiras ou casais homossexuais unidos de facto o direito de procriar artificialmente, isto é antes da Lei nº17/2016 de 20 de junho, o professor Carlos Pamplona Corte-Real já manifestava suas dúvidas em relação as razões jurídicas convincentes que levaram ao legislador português para tal entendimento, já que as famílias monoparentais proliferavam-se, pelo o que levou o ilustre professor a concluir que as disposições eram atentatórias aos princípios constitucionais da igualdade e do respeito pela liberdade de orientação sexual. (CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Familiares...*Op.Cit.* P.102). No mesmo sentido, poderia ser aplicado o mesmo entendimento em relação a diferenciação hoje realizada pela lei em relação as pessoas do sexo masculino.

¹¹⁶ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Curso de Direito Civil*, v. I. São Paulo: Atlas, 2015. p.43.

desigual. “Quando houver um tratamento desigual impõe-se uma justificação material da desigualdade”.¹¹⁷

Sobre tal fato, destaca-se a afirmação de Simone Novaes, que declara que as preocupações das mulheres são muitas vezes expressas em termos de especificidade sexual, o que as levam a reivindicar, de forma contraditória, tanto direitos iguais aos dos homens quanto direitos específicos à condição de mulher.¹¹⁸

Interessante a observação da autora, porque é justamente esse o aspecto da igualdade, vinculado à proibição do arbítrio que deve ser considerado, já que nem sempre para todos os assuntos homens e mulheres devem ser considerados iguais, sob pena de se prejudicar um dos dois grupos, embora, em outros campos deva-se perseguir essa igualdade.

Todos os dispositivos que tratam da busca pela igualdade entre homens e mulheres não apagam as diferenças que existem entre eles, mas devem afastar o tratamento desigual quando não existe razão para tanto.¹¹⁹

De acordo com Rodrigo da Cunha, a aplicação do princípio da igualdade precisa adentrar no complexo universo masculino e feminino, “que entrelaçados aos fatores culturais e econômicos construiu uma ideologia autorizadora da desigualdade dos gêneros”.¹²⁰

No caso do presente estudo, uma análise pouco profunda afirmaria que diante da existência de uma diferença nas composições fisiológicas feminina e masculina, ambos os grupos poderiam receber tratamento diferente em matéria de procriação medicamente assistida, já que nenhum homem, pelo menos a princípio¹²¹, é capaz de gerar uma vida dentro de seu próprio corpo.

Contudo, tal argumento pode ser confrontado, conforme anteriormente exposto no item 1.4, com a possibilidade da ocorrência de gestação de substituição em Portugal, já que sua utilização não é inconstitucional.

Desse modo, sob o ponto de vista da PMA a partir do panorama que se tem hoje, homens e mulheres não deveriam ser colocados em grupos de destinatários distintos,

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op.Cit.* P. 339-340.

¹¹⁸ NOVAES, Simone. *Femmes, Bioéthique et... Op. Cit.* P. 164.

¹¹⁹ Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Este é, consabidamente, um imperativo muito difícil de atingir e de manter”. (SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade.* Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001)

¹²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais...Op. Cit.* P. 101.

¹²¹ Tendo em vista a existência de homens trans, que são capazes de gerar, tema que será melhor explorado no item 2.1.1.1.

independente de sua orientação sexual, em razão da falta de justificativa material para tanto, sob pena de violação do princípio da igualdade na esfera da *proibição do arbitrio*.

De acordo com Maria Berenice Dias, nada adiantaria assegurar o respeito à igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, e que não são admitidos preconceitos ou qualquer tipo de discriminação, enquanto houver segmentos dentro do próprio ordenamento jurídico do país, que tratem os indivíduos de maneira diferente sem uma justificativa legal, com embasamento lógico. Assim, não se estaria vivendo o Estado Democrático de Direito.¹²²

Além disso, conforme pontua Rodrigo da Cunha, a reivindicação da igualização de direitos é a reivindicação de um lugar de sujeito, inclusive de um “lugar social”.¹²³

Já a *obrigação de diferenciação*, segundo os autores Gomes Canotilho e Vital Moreira, é uma forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação pelos poderes públicos de desigualdades fáticas de natureza social, econômica e cultural.¹²⁴ Para isso devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças.

Conforme já mencionado, é encarar dois grupos de indivíduos (qualquer grupo) que por algum motivo de seus contextos sociais deveriam ser classificados para receber tratamentos distintos e traçar uma régua para que todos consigam se igualar de algum modo, nem que para isso, seja fornecida ajuda para alguns através do poder do Estado. Uma espécie de tratamento desigual para que impere a igualdade.

Ademais, as medidas que propõe a diferenciação com o objetivo da igualdade devem ser fundadas na segurança jurídica, na proporcionalidade, na justiça e na solidariedade, para que não se baseiem em motivos constitucionalmente impróprios.¹²⁵

Assim, mais uma vez o tratamento diferente que a LPMA confere a homens e mulheres, independente de seu estado civil e orientação sexual, não ocorre devido à *obrigação de diferenciação*. Ao contrário, esse corolário do princípio da igualdade se justifica para que, no caso em que analisamos, seja considerado legítimo que o Estado, verificada a diferença biológica entre ambos (que impede, a princípio, os homens de

¹²² DIAS, Maria Berenice. "Homoafetividade e o direito... *Op. cit.*

¹²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais...Op. Cit.* P. 101.

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op.Cit.* P. 339.

¹²⁵ De acordo com os autores, as diferenciações de tratamento podem ser legítimas quando: “a) se baseiam numa distinção objetiva de situações, b) não se fundamentem em qualquer dos motivos indicados no nº2, c) tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo, d) se revelem necessárias, adequadas e proporcionais à satisfação do seu objetivo”. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op.Cit.* P. 340).

gerar), conceda a utilização de gestação de substituição para que eles recorram sozinhos às técnicas de PMA, sem a necessidade de uma mulher ao seu lado, no projeto parental.

Por fim, o tratamento diferenciado dado pela LPMA a homens e mulheres, se justifica menos ainda se pensarmos na existência de transsexuais (com ou sem a cirurgia de redesignação sexual), assunto que será abordado de maneira mais aprofundada no item a seguir. Desse modo, entende-se que a vedação ao recurso das técnicas de PMA, e conseqüentemente à gestação de substituição por homens, independente do seu estado civil e orientação sexual, pode ser encarada como uma violação do princípio da igualdade nas duas esferas analisadas (*proibição do arbítrio e obrigação de diferenciação*). Passa-se ao estudo da terceira esfera.

2.1.1.1 Proibição de Discriminação

Seguindo o que Gomes Canotilho e Vital Moreira definiram como o âmbito de proteção do princípio da igualdade na ordem constitucional portuguesa, será tratado separadamente ao que os autores chamaram de *proibição de discriminação*, ou, a chamada *vedação da discriminação*, por entender que se está diante de uma das esferas mais importante do princípio da igualdade.

Segundo aos autores, não são legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias subjetivas ou em razão dessas categorias (presentes no n.º 2 do art. 13.º da CRP, que historicamente fundamentam discriminações). Assim, a *vedação da discriminação* não significa uma existência de igualdade absoluta em todas as situações, o que seria impossível, nem a proibição de nenhum tipo de diferenciação de tratamento jurídico, mas tão somente busca vedar discriminações fundadas em fatores que a própria CRP apresenta como ilegítimos, sendo eles os presentes no n.º 2¹²⁶).¹²⁷

Não obstante, é possível afirmar que sobrevém a máxima de que a sociedade que se reconhece como defensora da igualdade muitas vezes é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória, principalmente nas questões de gênero e orientação sexual.

¹²⁶Importa fazer uma menção que para os referidos autores, o rol de categorias é meramente exemplificativo.

¹²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op. Cit.* P. 339-340.

Desde o seu texto original o art. 13º, nº2 da CRP de 1976, já previa a proibição de discriminação em razão do “sexo”, porém não dedicava, efetivamente, uma norma especial à discriminação de gênero entre homens e mulheres, foi, então, a 4ª revisão da Constituição (Lei Constitucional nº 1/97)¹²⁸ que deu especial relevo à dimensão de igualdade e conseqüente vedação de discriminação em vários artigos, como p.e. art. 26º, nº1 da CRP.

De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira a proibição de discriminação em função do sexo significa que as diferenciações no tratamento devem encontrar uma justificativa a fim de combaterem as discriminações indiretas. E complementam com o fato de que, hoje a doutrina se inclina para a restrição de causas justificativas do tratamento diferenciado a diferenças “exclusivamente biológicas” que, de forma imperativa, postulam essa diferenciação e mencionam a gravidez como exemplo.

Os autores ainda dispõem que a concessão de direitos e deveres a determinado grupo e não a outro, importa saber se está diante de um privilégio de quem é beneficiado ou se está perante uma exclusão ilegítima, caso em que se enquadraria a discriminação.¹²⁹

A violação do princípio da igualdade, enquanto *proibição de discriminação*, tanto pode resultar de uma norma que proceda diretamente a uma diferenciação injustificada de tratamento, como indiretamente, como acontece nos casos em que determinada norma não possui intenções discriminatórias, mas seus efeitos quando produzidos podem causá-las, se se aplicam de maneira desigual a categorias de pessoas.

Outrossim, muitas vezes a discriminação não é intencional e nem mesmo vislumbrada pelo legislador, mesmo assim ela está apta a acontecer. Dessa forma, o ponto central na conduta de neutralizar as discriminações é a investigação se uma disposição, prática, ou critério aparentemente neutral conduz a um resultado desigualitário, sem um fundamento material para que assim seja.¹³⁰

¹²⁸ Dentre as alterações causadas pela Lei Constitucional (LC) nº1/97, temos a do art. 26, nº1 da CRP, que através do art. 10º, nº1 da lei, dispôs: “Ao nº 1 do artigo 26.º da Constituição é aditada a expressão 'ao desenvolvimento da personalidade' entre 'identidade pessoal' e 'à capacidade civil' e, in fine, a expressão 'e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação’”. Trazendo expressamente a vedação a discriminação de maneira explícita no artigo. No mesmo sentido, através do art. 72 da lei, o art. 112º passou a ser a art. 109 da CRP, e substituiu “dos cidadãos” por “de homens e mulheres”, adicionando “devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos”. Ou seja, exemplos da conseqüente vedação da discriminação no exercício de direitos cívicos e políticos, que passou a ser expressa no texto constitucional a partir da LC nº1/97.

¹²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op.Cit.* P. 344.

¹³⁰ *Ibid.* P. 341.

No caso da LPMA, não parece ser possível encontrar um fundamento material que afaste a sua utilização por pessoas do sexo masculino, ou seja, não estamos diante de uma discriminação positiva, principalmente em razão da própria lei ter superado a privação de direitos em razão da homossexualidade, centrando-se atualmente a problemática na questão de gênero.

Inclusive, louvável é o artigo da CRP que expressamente trata da vedação de discriminação em matéria de filiação, em seu art. 36º, nº4, ao dispor categoricamente que os filhos nascidos fora do casamento não podem, por essa razão, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais também não podem utilizar designações discriminatórias relativas à filiação.

No mesmo sentido, o art. 3º, nº2 da LPMA trata da proibição da discriminação com base no patrimônio genético ou no fato de aquele indivíduo ter nascido resultado da utilização de técnicas de PMA, o que determina que qualquer tipo de tratamento discriminatório entre aqueles filhos oriundos ou não de uma relação conjugal ou de união estável é rechaçado, assim como filhos oriundos de técnicas de procriação. Ou seja, a origem das relações paterno-filiais não pode determinar diferenciações de tratamento entre os filhos.¹³¹

No mesmo sentido encontra-se o art.15º, nº6 da LPMA, que trata da confidencialidade em matéria de utilização das técnicas e veda que o assento de nascimento contenha algum indício de que a criança nascida foi gerada através de qualquer procedimento disposto na lei, incluindo a gestação de substituição, e que, como bem pontuado por Vera Lúcia Raposo, é uma forma de vedação de discriminação através da lei.¹³²

O desafio passa a ser, então, como considerar as saudáveis e naturais diferenças dos gêneros dentro do princípio da igualdade, a partir da vedação da discriminação.

Outrossim, as questões de gênero ganham ainda principal relevo quando pensamos nas pessoas transexuais. A recente Lei nº 38/2018 representou um marco nas conquistas da população transexual, que após a sua promulgação, ganhou uma gama de direitos já há muito tempo almejados.

¹³¹ No mesmo sentido, no Brasil, a Constituição Federal brasileira, garante em seu art. 227, § 6º, a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, assim como o art. 1596 do Código Civil brasileiro.

¹³² RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. Primeiras notas sobre a Lei portuguesa de procriação medicamentem assistida (Lei nº32/2006 de 26 de julho). *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3, n.6, p.89-104. 2006. P. 91.

Sobre o tema, o art. 2º da lei traz expressamente a proibição de discriminação, ao estipular em seu nº1 que as pessoas são livres e iguais em dignidade de direitos, proibindo qualquer discriminação – direta ou indireta – em função do exercício do direito à identidade de gênero e expressão de gênero, bem como à proteção das características sexuais.

Importa trazer o conteúdo da referida lei, pois, antes de sua entrada em vigor para que fosse autorizada a mudança do assentamento civil, a pessoa deveria fazer prova de que houve a efetiva mudança de gênero através de cirurgias, outras intervenções cirúrgicas e retirada de órgãos reprodutores. Sendo assim apesar da existência de homens transsexuais, esses não poderiam ter filhos, pois para serem assim reconhecidos eram-lhe removidos os ovários e o útero.

Contudo, a nova lei dispôs em seu art. 9º, nº2, que nenhuma pessoa seria obrigada a fazer prova que passou por qualquer tipo de procedimento estético, cirúrgico, esterilização ou terapia hormonal como requisito para basear a decisão de concessão da mudança requerida de assentamento.

Assim, atualmente um homem português (no caso de um homem transexual), poderia gerar um bebê dentro de seu próprio ventre, mas caso fosse infértil não lhe seria permitido recorrer, sem a participação de uma mulher, a nenhuma das técnicas de PMA, pelo menos depois de sua transição de gênero ter sido realizada, simplesmente porque a lei assim determinou. A pessoa, no caso, nasceu mulher e assim poderia recorrer às técnicas, porém por sua condição afeta a transexualidade, a mudança de menção do sexo no registro civil já implicaria em sua impossibilidade. Em outras palavras, uma mesma pessoa pode ser beneficiária da LPMA e dessa forma, deixar de ser.

A situação parece ainda mais complicada a partir do art. 10º da Lei nº 38/2018, pois determina que a alteração no registro civil não afeta nem altera os direitos constituídos, e nem as obrigações jurídicas assumidas antes do reconhecimento jurídico que se pleiteia a respeito da identidade de gênero. Ou seja, será que no exemplo acima apresentado, por ter nascido com os órgãos reprodutores femininos, o homem transexual poderia recorrer as técnicas disponíveis de PMA, e se considerar um possível beneficiário? Ao que parece, o art. 10º diz justamente que sim, por uma espécie de direito adquirido.

Pode-se pensar, ainda, no caso de uma mulher, independente de seu estado civil e orientação sexual, que inicia o projeto parental através do recurso da PMA e que durante tal procedimento, sem que o mesmo ainda tenha sido finalizado, resolve realizar o requerimento de mudança da menção do sexo no registro civil. Será que nesse caso, esta

mulher deveria ser obrigada a interromper o procedimento, por não poder ser mais enquadrada na categoria de beneficiária? Ou os requisitos do art. 6º da LPMA deveriam ser verificados somente no momento do requerimento? E a mulher transexual, que nasceu com órgãos reprodutores masculinos e realizou o tramite necessário para ser reconhecida como mulher, a partir da mudança de seu registro civil, poderia, então, se tornar beneficiária, pela leitura do art. 6º da LPMA?

Embora não se tenha pretensão de responder tais perguntas, é importante levantá-las, pois evidenciam que a proibição do recurso às técnicas de PMA a partir da discriminação do sexo masculino em relação ao feminino é frágil, não se sustenta.

Independente do objetivo que levou a lei a privilegiar o recurso das técnicas disponíveis de PMA só às mulheres, não se encontra fundamentação material que sustente essa escolha de diferenciação, de modo que também viola o princípio da igualdade a partir da dimensão de *vedação de discriminação*.¹³³

2.1.2 Dignidade da Pessoa Humana

Após a análise do acesso à PMA, a partir das esferas e desdobramentos do princípio constitucional da igualdade, passa-se à investigação de outro princípio basilar do direito constitucional português, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, esse princípio “alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidade”.¹³⁴

Inicialmente, pode-se questionar a razão de tratar de dignidade da pessoa humana no presente trabalho, pois apesar de ser um princípio fundamental do direito constitucional português, através de uma rasa observação, não se poderia dizer que a exclusão dos homens (independente de sua orientação sexual e de seu estado civil) aos recursos disponíveis em matéria de PMA seria uma violação da dignidade da pessoa

¹³³Nesse sentido, concorda Mafalda Sá, que é precisa ao determinar que o que lhe afigura de todo inadmissível é que, uma vez aceite e regulada a gestação de substituição e permitido o acesso às técnicas de PMA por parte de casais homossexuais femininos e mulheres sozinhas, esteja vedado a casais homossexuais masculinos e a homens sozinhos o recurso à gestação de substituição — sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio da não discriminação. (SÁ, Mafalda de. O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 15, n.30, p.89-104. 2018. P. 69-70).

¹³⁴CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op. Cit.* P. 198-199.

humana. Violação essa relativa a esses homens, já que não se tem nenhuma situação degradante em termos de dignidade pessoal que a lei apresente com tal exclusão.

Contudo, como se pretende demonstrar, o princípio da dignidade da pessoa humana é muito mais subjetivo, difuso e de difícil delimitação do que se imagina. Além disso, acredita-se que a consagração da dignidade humana representa uma garantia aos direitos da personalidade¹³⁵ de cada indivíduo.

Para J. M. Leoni, “a pessoa é o conceito central do Direito”, sendo ela uma realidade que existe fora e antes do Direito, e como consequência desse fato, o Direito teria por finalidade inicial reconhecer a dignidade da pessoa, lhe prestando a mais completa e incondicional tutela.¹³⁶

De acordo com Rodrigo da Cunha, tal princípio é um macroprincípio que perpassa por todos os outros, e principalmente fornece um marco referencial para a busca do que é ético, acima dos valores morais.¹³⁷

Gomes Canotilho e Vital Moreira definem a dignidade da pessoa humana como uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, mas que não pode ser reduzida a qualquer ideia apriorística do homem, deve estar sempre relacionada aos direitos pessoais tradicionais, mas também aos direitos sociais, econômicos e culturais.¹³⁸

Guilherme Calmon declara que o respeito à dignidade da pessoa humana está inserido na vedação de todo e qualquer tipo de tratamento desumano e degradante, o que seria objeto de uma moralidade universal, e que serve de “referencial básico e minimalista acerca de um padrão universalmente aceito em matéria de proteção da dignidade”.¹³⁹

De todo modo, o conceito de dignidade da pessoa humana jamais pode carregar a pretensão de taxar as suas possibilidades, pois é por sua natureza um princípio que trata das múltiplas esferas da pessoa humana, e de suas possibilidades subjetivas de interpretações. A professora Thamis Dalsenter chama atenção para o fato de que “qualquer tentativa positiva de conceituação da dignidade jamais pode carregar a pretensão e exaurir as suas possibilidades de proteção e violação”.¹⁴⁰

¹³⁵O CC português, ao tratar do começo da personalidade no art. 66º, estabelece, no nº1, que a “personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”.

¹³⁶ OLIVEIRA, J.M Leoni Lopes de. *Curso de Direito...Op.Cit.* P. 10.

¹³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais...Op. Cit.* P. 53)

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...Op. Cit.* P. 70.

¹³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.P. 136.

¹⁴⁰ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes...Op.Cit.* P. 39.

Assim, embora seja possível encontrar muitas de suas definições na doutrina, vinculadas ao aspecto de dignidade no sentido de degradação humana, principalmente muito difundido após a Segunda Guerra Mundial, aqui defende-se que esse princípio constitucional abarca outras vertentes.

Conforme dispõe Anderson Schreiber, a consagração da dignidade humana como um fundamento de liberdade e como um valor central da ordem jurídica internacional influenciou as constituições da segunda metade do século XX, como é o caso da CRP.

Para o autor, a dignidade humana tem sido “valor-guia” de um processo que abandona o liberalismo e o materialismo que antes eram priorizados em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e solidária das relações jurídicas.¹⁴¹¹⁴²

De acordo com a ministra do Carmem Lucia, do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, “a entronização do princípio da dignidade da pessoa humana nos sistemas constitucionais positivos com o sentido em que agora ele é concebido, é, pois, recente e tem como fundamentos a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana pensada em sua dimensão superior e para além da existência apenas de um ser dotado de físico”.¹⁴³

Em Portugal a Constituição de 1933, após a revisão de 1951¹⁴⁴, já mencionava a dignidade humana, a propósito do estado zelar pela melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, mas somente através da constituição de 1976, que não por acaso, declarou a República, que baseou a dignidade da pessoa humana na comunidade política dos portugueses.¹⁴⁵

O art. 1º da CRP consagra a dignidade da pessoa humana¹⁴⁶, ao estabelecer que a república portuguesa deve basear-se nesse princípio e na vontade popular, sempre empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da... Op.Cit.* P. 7.

¹⁴² No ordenamento jurídico argentino, o direito a vida de todo humano inocente é inviolável, além de ser um elemento constitutivo da sociedade civil e do ordenamento jurídico do país. (VARELA, Alberto Rodríguez. *Aproximación a la persona antes de nacer*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2006. P. 218).

¹⁴³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n.2, dez. p. 49-67. 2001. P. 53. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em 21 set. 2022.

¹⁴⁴ Redação dada ao art. 6º, nº3 da Constituição de 1933, após a Revisão de 1951: “Zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, procurando assegurar-lhes um nível de vida compatível com a dignidade humana”. Disponível em: <<https://files.dre.pt/1s/1951/06/11701/04070412.pdf>> Acesso em 05 ago. 2022.

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ*. Rio de Janeiro, n. 52, abr./jun., p. 71/91, 2014.P. 73.

¹⁴⁶ Especificamente sobre o princípio da dignidade humana, José Luiz Villaça, em seus comentários ao art. 1º da CDFUE, afirma que “A dignidade do ser humano não constitui apenas um direito fundamental: ela constitui a própria base dos direitos fundamentais”. Bem como que, “nenhum ser humano pode ser privado

O primeiro artigo da CRP, inaugura a carta magna com a afirmação da soberania da República portuguesa, baseada na dignidade da pessoa humana, classificada no texto constitucional como princípio fundamental.

Do mesmo modo, a dignidade da pessoa humana é encarada como fundamento da República brasileira. Como bem elucida Gustavo Tepedino, isso ocorre através da “não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior”. Para o professor, tal fato configura o que ele chama de “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, que é encarada como o valor máximo pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴⁷

Segundo Maria Berenice Dias, o princípio da dignidade humana não é somente um limite à atuação do Estado, mas deve ser encarado como um norte para a sua ação positiva.¹⁴⁸

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana deve ser encarada não somente a partir de análises de condutas para a sua preservação, e não violação, mas como destacado no art. 1º da CRP, a dignidade da pessoa humana deve ser buscada pelo Estado, servindo de propósito para a sua atuação.

O art.13º que trata do princípio da igualdade, reforça que todos os cidadãos possuem a mesma dignidade, e o art. 26º, nº2 afirma que a lei estabelecerá garantias à dignidade humana, e o nº 3 trata da dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, tanto na criação quanto no desenvolvimento, utilização das tecnologias e na experimentação científica, o que demonstra a necessidade imposta pela própria constituição de ser analisada a dignidade da pessoa humana no momento de utilização de técnicas científicas, como é o caso da PMA.

No mesmo sentido, o art. 67º, nº2, alínea e), da CRP, expressamente, determina que incumbe ao Estado, para garantir a proteção à família, regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana, reforçando o pensamento de que não se pode deixar tal preceito dissociado das discussões envolvendo

da sua dignidade, sem o que não ficará preservado o ‘núcleo essencial’ de cada direito. (VILLAÇA, José da Cruz. Art. 1º - Dignidade do ser Humano. In. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (Coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.P.33.)

¹⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 24.

¹⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 62.

as técnicas de PMA. Inclusive, a própria LPMA assim determina, em seu art. 3º, nº1, ao afirmar que as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana.¹⁴⁹

Ao tratar da expectativa acerca da legislação em matéria de PMA, o professor Carlos Pamplona Corte-Real afirma que o legislador deveria preocupar-se com o enunciado dos princípios fundamentais que regeriam o recurso à PMA, afirmando que a legislação sobre o tema seria bem-vinda, porém circunscrita e flexivelmente, com apelo ao Direito Comparado e aos valores da ordem jurídica portuguesa, com ênfase no respeito pela dignidade humana.¹⁵⁰

Sendo assim, além de funcionar como um guia para o legislador, não somente em matéria de PMA, a dignidade da pessoa humana abarca dentro de si o aspecto da igualdade. Como muito bem pontua Jorge Miranda, ao afirmar que a dignidade da pessoa humana é da pessoa independente do gênero, masculino e feminino, estando presentes, em cada homem e em cada mulher, todas as faculdades da humanidade que devem ser preservadas.¹⁵¹

Além disso, a dignidade da pessoa humana está muito ligada ao conceito de liberdade, e esse talvez seja o ponto crucial para que não se deixe de falar desse princípio no presente trabalho. Ainda segundo o ilustre autor, a dignidade determina o respeito pela liberdade da pessoa, pela sua autonomia. E a força dessa autonomia se mostra, sobretudo no direito ao desenvolvimento da personalidade, na liberdade individual, inclusive, diante do planejamento familiar¹⁵², que melhor será abordado no item 2.3.

Assim, é possível encarar a proibição dos homens desvinculados de uma mulher, que buscam um projeto parental através das técnicas de PMA disponíveis, e existentes em Portugal, como uma violação despropositada de sua liberdade individual, já que os métodos existem e são destinados a outro grupo de pessoas sem justificativa plausível para a negação do acesso a determinado grupo, impedindo-o de seu exercício. Ou seja, na medida que fere a liberdade, pode-se dizer que não se coaduna com a dignidade da pessoa humana.

¹⁴⁹ Vera Lúcia Raposo e André Dias Pereira chamam atenção para o fato de que a lei usa a terminologia “dignidade humana” ao invés de “dignidade da pessoa humana”, o que para os autores “pode ter um elevado potencial heurístico no que diz respeito ao estatuto jurídico do embrião e à proteção jurídica da espécie humana”. Ou seja, ao que parece, abrindo o leque de proteção que o princípio da dignidade humana poderia abarcar, incluindo dos fetos, embriões e nascituros englobados ao lado da proteção concedida as pessoas. Sendo aqueles dignos dessa proteção. (RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. Primeiras notas sobre...*Op. Cit.* P. 90-91).

¹⁵⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Familiares...*Op.Cit.* P. 99.

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge. A Dignidade da... *Op.Cit.* P. 78.

¹⁵² *Ibid.* P. 81.

José de Oliveira Ascensão, ao tratar do conteúdo dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, se preocupa com a delimitação do que poderia ser encarado como direito fundamental, para que não haja abusos. Segundo o autor, cada novo direito inserido na categoria dos direitos fundamentais estaria apagando o verdadeiro conteúdo destes. “O indivíduo tem direito a tudo”.

E conclui que só faltaria outorgar o direito à felicidade, o que ainda não foi feito por um resto de pudor, indignando-se com o fato de que as pessoas só têm direitos e não deveres, e reforça que o “direito positivo ainda não morreu”.

Ao que parece, o Autor teme que a inclusão de situações que podem ser encaradas como direitos fundamentais em demasia, faça com que essa categoria de direitos perca sua força do que é de fato intransponível e que deve ser respeitado em primeiro lugar. Se tudo está em primeiro lugar, nada está em primeiro lugar.¹⁵³

De todo modo, embora seja possível compreender a que ponto pretende chegar o respeitável professor, e que se concorde que não se pode elevar qualquer prerrogativa à categoria de direito fundamental, a conclusão que se chegou no presente item, ao abordar a dignidade da pessoa humana com a exclusão dos homens a categoria de beneficiários de PMA, é que não se pode dizer que é um dever do Estado garantir a todos o recurso das técnicas de PMA, pois o recurso à tais técnicas não é um direito fundamental.

Mas tão somente, que a permissão das mulheres e a vedação dos homens a essa utilização, restringe, sem precedentes, a liberdade destes, e que se considera a liberdade como uma das vertentes necessárias para a garantia da dignidade da pessoa humana, que por sua vez, é um direito fundamental.

Por fim, apesar de perfilhar o entendimento de que a proibição que faz a lei em relação aos homens, viola a liberdade, e, portanto, a dignidade humana nesse âmbito, entende-se que não se pode encarar as garantias e liberdades como direitos absolutos, devendo ser ponderados em certos casos para que não haja ofensa a outros direitos relativos às partes envolvidas, como é o caso do bebê que vier a nascer por meio de PMA.

¹⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoas, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Periodicidade Semestral, nº1 e 2, Coimbra: Coimbra Editora, p. 9-31. 2009. p.14-17.

O ser humano é livre, mas essa liberdade só pode ser garantida quando não macula a liberdade e as garantias dos demais seres.¹⁵⁴¹⁵⁵

Mesmo assim, acredita-se que caso os homens possam recorrer a tais técnicas, não se vislumbra qualquer afronta aos direitos da criança, do mesmo modo que isso não acontece quando se trata de mulheres.

2.2 Direito de Constituir Família

Prosseguindo na matéria de liberdades e garantias, após o exame de alguns dos princípios constitucionais, passa-se à análise do denominado direito de constituir família, presente no texto constitucional no capítulo de direitos, liberdades e garantias.

O art. 36º, nº1 da CRP dispõe que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade (mais uma vez o princípio da igualdade presente no texto constitucional).¹⁵⁶

Para Diogo Leites Campos e Rogério Soares, a maior parte dos ordenamentos jurídicos reconhece a família com um grupo social relevante para o direito, concedendo-lhe assim, uma proteção.¹⁵⁷

Consoante Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito a constituir família implica não somente no direito de estabelecer uma vida em comum com alguém, ou no direito ao casamento, mas também ao direito de ter filhos. Porém, os autores fazem uma ressalva no sentido de que tal direito, embora não seja elemento essencial do conceito de família “e nem sequer a pressuponha”, está a ela naturalmente associado.

¹⁵⁴ “A exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de sua honorabilidade social”. (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade...*Op. Cit.* P. 62)

¹⁵⁵ Sob o aspecto da dignidade, principalmente sob a ótica do bebê que vier a nascer a partir do recurso de uma técnica de PMA, Antunes Varela é categórico ao condenar de forma inequívoca, no plano da moral e dos bens costumes, de todas as práticas biomédicas incompatíveis com a dignidade da criação humana, como são a fecundação com a mistura de esperma, com o esperma de pessoas mortas ou com o esperma fornecido em regime de anonimato, e como são todas as convenções destinadas sub-rogação da mãe ou à entrega da criança a casais homossexuais”. (VARELA, Antunes. A inseminação Artificial e a Filiação perante o direito Português e o direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.15, ano 8, p. 1-35. 1993. P29).

¹⁵⁶ A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades fundamentais, dispõe em seu art. 12º: A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

¹⁵⁷ CAMPOS, Diogo Leite de; SOARES, Rogério Ehrhardt. A família em Direito Constitucional Comparado. *Relatório Geral das Jornadas Turcas da Association Henri Capitant*, p.5-20. 1988. P.19.

E concluem que tal fato compreende a liberdade de procriação, “não havendo lugar para interdições de procriação, limites de números de filhos e esterilização forçada”, que para os autores não seriam compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação pessoal que lhe é inerente, muito associada ao conceito de liberdade que foi visto anteriormente.

Outra perspectiva bastante interessante do direito de constituir família fornecida pelos constitucionalistas, é da delimitação do nº1 do art. 36º da CRP, que permite alargar as comunidades constitucionalmente protegidas no que se delimita como família, dentre elas as monoparentais, comunidades familiares, famílias formadas por irmãos e irmãs, uniões de facto e uniões homossexuais.

A problemática, então, reconhecida pelos próprios autores, é a de saber até que ponto se poderia usar o direito de constituir família, e assim, o direito a ter filhos, vinculado a um direito à inseminação artificial heteróloga, ou à gestação de substituição – que são duas etapas necessárias para o objeto do presente estudo. Contudo, deve-se atentar que a referida disposição constitucional só poderia oferecer algum subsídio para a matéria em conjugação com a dignidade da pessoa humana fundada no Estado de direito democrático, e os seus limites.¹⁵⁸

O professor Carlos Pamplona Corte-Real afirma parecer controverso que o desenvolvimento das técnicas de PMA possa propiciar a concretização de um direito a procriar, e que o art. 36º, nº1 da CRP parece legitimar apenas a tutela constitucional do direito a procriar de forma autônoma da tutela do direito ao casamento, o que ocorre ao se antepor o direito a constituir família ao direito ao casamento.

Tratando da fecundação heteróloga e da gestação de substituição, o eminente professor questiona se elas poderiam corresponder ao exercício de um direito a procriar, e responde que sim, pois, segundo ele, parece dever valer entre os indivíduos, em face da lei, um recorte conceitual alargado do direito a procriar, que abarque a procriação artificial através de processos médicos aceitos e que são juridicamente reconhecíveis.¹⁵⁹

Mas afinal, a garantia de constituir família que pretende assegurar o art.36º, nº1 da CRP, pode ser utilizada como argumento para a utilização dos homens independente

¹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 567.

¹⁵⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Os Efeitos Familiares...Op.Cit.* P. 101.

de uma mulher à PMA? E haveria um direito a cada pessoa de ter um filho?¹⁶⁰ Quais seriam as suas limitações? E, esse direito deveria ser garantido pelo estado?

De acordo com Maria do Céu Patrão, a PMA permite a conversão da expressão do desejo de um filho na reivindicação do direito a ter um filho, instaurando uma nova vulnerabilidade, que é a do embrião, e sua dependência de outra vida humana para nascer.¹⁶¹

Vera Lucia Raposo, afirma que o direito a constituir família é a norma que mais consolida, de forma direta, os direitos reprodutivos. E evidencia o fato de que quando elaborada, a norma não estava a pensar na PMA. Contudo, a tarefa interpretativa da CRP deve ser dinâmica, o que em caso contrário, o texto constitucional acaba por se tornar obsoleto e inadequado conforme a passagem de tempo.¹⁶²

Em outra obra, a autora dispõe que caso se entenda a reprodução como um direito fundamental – “mais propriamente um direito de quarta geração”¹⁶³, globalização, com assento constitucional, através do direito a constituir família (ou através de outros direitos, como o do desenvolvimento da personalidade) – a vedação aos casais homossexuais e às pessoas singulares (o que ainda subsiste em relação aos homens) seria uma violação inconstitucional de um direito fundamental, mesmo que eventualmente se pudesse argumentar que a ratificação do direito não implica no seu reconhecimento a todos os sujeitos, pelos menos com os mesmos termos e mesmos limites.¹⁶⁴

Para José de Oliveira Ascensão, devem ser resguardados os direitos do novo ser, como o direito a uma filiação que o autor chama de “normal”, com direito a um pai e uma mãe, já que esse filho não poderia ser instrumentalizado, e assim a procriação artificial só poderia se estender nos limites em que esse direito fosse resguardado. Essa situação, segundo o autor, choca-se com os processos de inseminação artificial e fecundação heteróloga, que por natureza, por vezes, contrariam esse direito.¹⁶⁵

Já Joaquim de Souza Ribeiro, ao tratar da gestação de substituição, que é, como já visto, o meio de garantir aos homens o acesso à PMA, alega que desde o início do

¹⁶⁰ José de Oliveira Ascensão chama atenção para o fato de que “semelhante direito não seria biologicamente fundado, pelo que pressuporia o recurso a meios de procriação artificial”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e Bioética. Revista da Ordem...Op.Cit.* P. 446).

¹⁶¹ NEVES, Maria do Céu Patrão. NEVES, Maria do Céu Patrão. *Mudam-se os tempos...Op. Cit.* P. 131-132.

¹⁶² RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas...Op.Cit.* P. 76.

¹⁶³ A quarta geração de direitos seria aquela caracterizada pela pesquisa biológica e científica, defesa do património genético, matérias relacionadas nesse sentido ao avanço científico.

¹⁶⁴ RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. *Primeiras notas sobre...Op. Cit.* P. 93.

¹⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e Bioética. Revista da... Op.Cit.* P. 466-467.

processo se está diante de um exercício do direito dos beneficiários de constituir família, a fim de integrar na sua identidade pessoal a condição de pais, ainda mais quando os mesmos fornecem gametas para que o procedimento se concretize.¹⁶⁶

Diogo Leonardo declara que o direito a constituir família não é um direito absoluto, e que a própria CRP, em seu art. 18º, nº2 e nº3, prescreve que a lei pode restringir os direitos, liberdades e garantias em certos casos expressamente previstos. Para o autor, tais restrições devem limitar-se ao necessário, para não diminuir, a extensão e o alcance do conteúdo, essenciais aos direitos, e ainda, para que possa garantir outros interesses constitucionalmente protegidos.¹⁶⁷

Por sua vez, Guilherme de Oliveira admite que o direito de procriar permite aos inférteis, enquanto liberdade fundamental, uma expectativa razoável e uma legitimidade para recorrerem aos meios técnicos já desenvolvidos. Mas que isso, por si só, pode significar a atribuição de uma legitimidade indiscutível para que se possa usar qualquer meio, tecnicamente possível, para chegar ao objetivo almejado.¹⁶⁸

Pereira Coelho estabelece que o direito a constituir família seria primeiro um direito a procriar e segundo um direito a estabelecer relações de paternidade e maternidade. E, ainda ressalta, o fato da redação do art. 36º, nº1 da CRP, reproduzir praticamente o disposto no art. 16º, nº1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o art. 12º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e o art. 9º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).¹⁶⁹¹⁷⁰

Por meio dos posicionamentos dos eminentes autores sobre a conjugação das técnicas de PMA com o direito de constituir família, ao que parece, conclui-se que o

¹⁶⁶RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Breve Análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores”. In: ANTUNES, Maria João; SILVESTRE, Margarida (Coord.). *Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal?* – Colóquio Internacional de 22 de junho de 2018. Coimbra: Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, p. 25-42. 2018. P.32.

¹⁶⁷MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Gestação de Substituição* (uma leitura da lei portuguesa 25/2016. Comparações com a regulamentação brasileira). São Paulo: Editora IASP, 2017. P. 107.

¹⁶⁸OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há... Op. Cit.* P. 50-51.

¹⁶⁹COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da... Op. Cit.* P. 137-138.

¹⁷⁰Em texto publicado referente ao art. 9º da CDFUE¹⁷⁰, o ilustre professor Carlos Pamplona Corte-Real, dispôs que o artigo, em termos de garantia dos direitos fundamentais, ao que parece, se trata de um mero preceito remissivo para as legislações nacionais “fazendo sobrelevar o respeito pela diversidade sociocultural dos estados integrantes do espaço europeu”. Assim, se estaria diante de uma garantia que não possui conteúdo, já que são os Estados membros que irão delimitar o que se enquadra dentro desse preceito. A norma aparece ao nível dos países europeus, mas o que ela garante e concede é algo que só poderia ser delimitado por cada país internamente, e não ao nível continental. (CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Art. 9º - Direito de Contrair Casamento e de Constituir Família. In. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (Coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, p. 129-137. 2013. P.133-136).

direito contido no texto constitucional não deve ser concedido de forma absoluta. Em outras palavras, pode-se entender que tal direito serve como um fundamento para a interpretação dos dispositivos legais acerca da PMA, mas que também pode sofrer limitações.

Afinal, o próprio ordenamento pode determinar limites, na medida em que, muitas vezes o cumprimento de determinado direito envolve outros seres humanos, detentores de outros direitos, que podem entrar em conflito, merecendo assim uma aplicação ponderada dos interesses e garantias em jogo.

Na concepção dos beneficiários da PMA, temos um contraponto entre os seus direitos de constituir família e os direitos relativos ao bebê que vier a nascer. Sabe-se que este último deve receber especial proteção, porém essa é uma avaliação que também deve ser sobrepesada ao se conceder o status de beneficiária às mulheres nas mesmas condições que os homens.

Por isso, essa harmonia entre o direito de constituir família dos beneficiários e os interesses do feto que será gerado, não deve bastar para afastar os homens a tal recurso, do mesmo modo que não afastou as mulheres. No entanto, resta avaliar se de fato o direito de constituir família possui, em sua razão de ser, essa perspectiva de geração da prole, incluindo as técnicas de PMA.

Sobre isso, acredita-se que o direito de constituir família não foi abarcado pelo ordenamento português para garantir a utilização sem restrição das técnicas de procriação assistida, e nem mesmo para autorizar certa liberdade acerca da procriação – incluindo a procriação de origem no ato sexual – mas muito mais para, ampliar os conceitos de família, como elucidado por Gomes Canotilho e Vital Moreira.

Entende-se, portanto, que o que a lei pretendia era garantir que qualquer indivíduo possa obter proteção e o *status* de “família” a uma comunidade formada por pessoas com vínculos que os fazem se comportar como familiares em um sentido mais amplo. Em outras palavras, pessoas ligadas por laços biológicos ou não, de afeto, solidariedade, ajuda mútua, cuidado, características presentes em uma entidade familiar, e a mais importante, vontade de reconhecimento como família.

O direito de constituir família, ao que se percebe, garante essa proteção e legitima esses agrupamentos determinando que eles tenham roupagem de família, por isso, merecem a proteção do Estado como tal. Irmãos que vivem juntos, tias e sobrinhos,

amigos que dependem um do outro¹⁷¹, enfim, defende-se que o referido direito está muito mais ligado a perspectiva da família do que propriamente a garantia de uma prole.¹⁷²

Em todo caso, pode-se dizer que o direito de constituir família é um argumento, ainda que menos relevante do que os demais que foram apresentados neste capítulo, para o reconhecimento dos homens, independente de uma mulher, à categoria de beneficiários na LPMA, até porque, já foi concedido às mulheres, independente de seu estado civil e orientação sexual, tal prerrogativa.

Não se pode esquecer, inclusive, que nos casos dos casais de homossexuais, o único meio, além da adoção, para que eles possam ser pais, é recorrendo a uma das técnicas de PMA. Então, por que não encarar o direito de constituir família como um dos fundamentos para a permissão da utilização por essas pessoas? Contudo, acredita-se que o fundamento que se pode extrair desse direito se dá muito mais pelo fato de que um homem e seu filho, fruto de uma reprodução assistida, podem ser considerados como entidade familiar, do que porque a todos deve ser garantido o direito de ter filhos, fundados no direito de constituir família.

No entanto, acerca das perguntas formuladas no presente item, considera-se que a discussão sobre o fato de uma pessoa ter ou não um direito a ter um filho (suas limitações e a garantia desse eventual direito pelo Estado) está mais ligada ao livre planejamento familiar do que ao direito de constituir família, o que será, portanto, tratado no item 2.3, a seguir.

¹⁷¹ Sobre isso, importa trazer o caso das sete chinesas que após estarem aposentadas decidem construir uma casa juntas. Considera-se que existe entre elas uma relação que merece ser compreendida como família, pois, são solidárias uma as outras, cada uma tem uma tarefa dentro do lar comum, enfim, presentes uma série de requisitos que as permitem ser consideradas como família. E o mais curioso, é que não se está diante de nenhum laço conjugal ou biológico. Disponível em <<https://virgula.com.br/comportamento/amigas-constroem-casa-dos-sonhos-para-morarem-juntas-apos-aposentadoria/>> Acesso 09 ago. 2022.

¹⁷² De acordo com o professor Carlos Pamplona Corte-Real, aspectos como perdurabilidade (virtual ou efetiva), laços afetivos inerentes ou presumidos mais ou menos expressivos, atos constitutivos significantes “biológica, vivencial, administrativa ou judicialmente”, num cruzamento complexo, porém, relevante para detecção de situações análogas, afins, e igualmente eficazes na área familiar, “que corresponderão ao critério, sem dúvida complexo, que permitirá ao interprete tomar uma situação como inserível no Direito de Família”. (CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Relance Crítico sobre o Direito de Família português. In. OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). Textos de Direito da Família. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. P.109-110).

2.3 Livre Planejamento Familiar

Paula Cristina Remoaldo, ao tratar do conceito de planejamento familiar, afirma que o termo foi criado nos anos 30, do século XX, e que surgiu para substituir a expressão “controle dos nascimentos”. Segundo a autora, o conceito foi utilizado erradamente como sinônimo de anticoncepção ou de contracepção, já que o planejamento familiar deveria ser considerado como filosofia de vida que abarca não só a forma racional e saudável de espaçar os nascimentos, mas inclui a infertilidade e a sexualidade.¹⁷³

A lei nº 3/84, dispôs sobre educação sexual e planejamento familiar, e tinha como objetivo fomentar e difundir os métodos contraceptivos, os conhecimentos científicos acerca da reprodução, para que os cidadãos dotados desses conhecimentos pudessem, de forma mais racional, exercer seu direito ao livre planejamento familiar de modo consciente, a fim de garantir o exercício da maternidade e da paternidade responsável.

Semelhante à referida lei, é a lei brasileira, nº 9.263/1996, que regulamenta o art. 226, §7º da Constituição Federal do Brasil. Importa frisar que o artigo em questão trata do planejamento familiar como sendo uma decisão livre do casal, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de qualquer instituição.

Já o regulamento contido na lei nº 9.263/1996 trata expressamente da proibição de controle demográfico em relação ao exercício do planejamento familiar, e dispõe em seu art. 2º¹⁷⁴, sobre o necessário respeito ao conceito de referido planejamento. Interessante é observar que a constituição brasileira trata de planejamento familiar do casal, enquanto o regulamento vai além, e menciona, homem, mulher e o casal, demonstrando que o exercício do planejamento familiar pode estar vinculado a uma relação entre duas pessoas como casal, mas também pode ser exercido por pessoas singulares.

Consoante o ilustre professor Carlos Pamplona Corte-Real, liberdade e responsabilidade deverão ser sempre os valores a nortear o jurista na determinação da

¹⁷³ REMOALDO, Paula Cristina Almeida. O passado, o presente e o futuro do planejamento familiar em Portugal. Revista de Demografia Histórica, XIX, n. I, segunda época, p.139-155. 2001. P. 140-141.

¹⁷⁴ Art. 2º da Lei nº9.263/1996: Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

“normatividade jurídico-familiar”, sem que uma conceitualização alheia à realidade possibilite o acesso ao âmago do Direito da Família.¹⁷⁵

O professor, ao tratar do Direito da Família, afirma que nenhum ramo poderá ser mais livre e íntimo, cabendo ao Estado, quando muito, a proteção da intimidade da vida familiar, devendo ser admitido apenas que a vivência familiar seja fruída e não imposta.¹⁷⁶

O art. 67º, nº2, alínea d), da CRP dispõe que a família, na qualidade de elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção do Estado e à efetivação das condições que permitam a realização pessoal de seus membros. Incumbe, ainda, ao Estado a proteção da família, garantindo, no respeito da liberdade individual, o direito ao planejamento familiar e promovendo a informação e o acesso aos meios e métodos que o assegurem.

Sobre o artigo, Guilherme de Oliveira afirma que embora não seja uma norma integrada na parte de “direitos, liberdades e garantias”, e não tenha por isso, a força vinculante e respectiva que as normas que fazem parte daquele grupo, não deixa de exprimir um imperativo programático que têm “as garantias do instituto”.

Para o autor, desde que se aceite que à procriação pode constituir um aspecto de realização pessoal dos indivíduos e dos casais, poder-se-ia dizer que o Estado teria a obrigação constitucional de organizar os instrumentos de combate à esterilidade, e de permitir o acesso de todos os indivíduos aos novos meios de procriação.

Contudo, o autor prossegue afirmando que para além de não controlar (e interferir) nas escolhas privadas dos cidadãos, o Estado deveria ampliar as possibilidades de escolha pelos casais inférteis, se não para qualquer mulher.¹⁷⁷¹⁷⁸

De acordo com a professora Maria Celina Bodin de Moares, por muito tempo considerou-se liberdade e autonomia privada como conceitos sinônimos, do ponto de vista do direito civil. Contudo, o princípio da liberdade individual se consubstancia numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada. Desse modo, para a autora, liberdade significa poder realizar, sem interferências de qualquer natureza,

¹⁷⁵ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Relance Crítico sobre... *Op.Cit.* P. 110.

¹⁷⁶ *Ibid.* P. 108.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da Procriação...*Op.Cit.* P. 769-770.

¹⁷⁸ A época da publicação das palavras do autor é anterior a LPMA, de modo que mesmo assim, já era defendido por ele que poderia ser ampliada a possibilidade de escolha a utilização das técnicas disponíveis a qualquer mulher, o que é bastante curioso, já que a lei caminhou justamente nesse sentido. Acredita-se que talvez, por causa da necessidade (obrigatória) de utilização da gestação de substituição nos casos de homens, o que poderia ser para o autor, um impedimento para essa concessão a todos.

as próprias escolhas individuais, o próprio projeto de vida, como melhor convém a cada um.¹⁷⁹

Para Guilherme Calmon, a liberdade fundamenta a autonomia privada, e uma maior igualdade entre as pessoas de uma sociedade ocasiona a democratização da vida privada.¹⁸⁰

No âmbito da PMA, Barbara Mastropietro, afirma que a procriação assistida e a atividade de pesquisa têm implicações inegáveis com valores como a vida humana, a liberdade de autodeterminação nas escolhas procriadoras, na família, saúde, liberdade e promoção da pesquisa científica, sendo tarefa do legislador compor esses valores, garantindo um nível mínimo de proteção legal.¹⁸¹

Maria do Céu Patrão, defende que a consideração exclusiva do princípio da autonomia, nos casos de procriação assistida, conduz à conversão do comum desejo de um filho, enquanto expressão de um projeto parental, no que a autora chama de um “reivindicado direito a um filho”.

Segundo ela, a PMA invariavelmente seria reclamada no âmbito de uma designada liberdade reprodutiva, inicialmente reivindicada como um direito a cada um de decidir o número de filhos que teria e a ocasião para os gerar (âmbito do controle da fertilidade), mas, atualmente, tal panorama estaria pervertido numa reivindicação do direito a ter filhos e de opção quanto às modalidades disponíveis para o gerar (controle sobre a infertilidade).

Sendo assim, a legitimação da prática da PMA, apenas pelo princípio da autonomia, permite que ela venha a ser utilizada numa crescente diversidade de situações, de modalidades de intervenção e de número de protagonistas envolvidos no processo reprodutivo (através da utilização dos doadores de gametas).

A Autora ainda conclui que considerando a PMA heteróloga, que pretende ser apoiada por diferentes princípios éticos, só se justificaria, verdadeira e amplamente, a partir do princípio da autonomia e na afirmação desse princípio como preponderante, no caso de dilema com outros princípios.¹⁸² O que mais uma vez evidencia que o livre

¹⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 39 e 46.

¹⁸⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Novos modelos de entidades familiares. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. (Coord.). *20 anos do Código Civil: relações privadas no início do século XXI*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. P. 469.

¹⁸¹ MASTROPETRO, Barbara. Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa. *Il Diritto di Famiglia e delle persone: Rivista Trimestrale*, v. XXXIV, n° 4, p. 1.379-1.420, ottobre/dicembre. 2005. P. 1379.

¹⁸² NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos...*Op. Cit.* P.134-135.

planejamento familiar é um braço do princípio da autonomia do direito civil, só que no campo do direito da família.

No entanto, caso a PMA heteróloga seja assim compreendida, o resultado prático seria a conversão do legítimo desejo de um filho, enquanto coincidente na sua dimensão biológica com o projeto afetivo, em um ilegítimo direito a um filho. Para a autora, essa mudança de entendimento reduziria a identidade do filho a um objeto ou um bem, cuja posse seria suscetível de ser reclamada como direito por outrem. E conclui que “um direito a um filho seria incompatível com a dignidade deste”.¹⁸³

Claudia Lopes, no entanto, é categórica ao declarar que garantir o acesso às técnicas de reprodução assistida (RA), significa efetivar o direito ao planejamento familiar, de modo que o impedimento a elas revelaria uma afronta ao próprio direito garantidor da procriação.¹⁸⁴

A partir das considerações apresentadas, e do que se avaliou em termos de direito de constituir família, volta-se, portanto, mais uma vez, aos questionamentos realizados no item anterior. Conforme observado, divide-se a doutrina a respeito da existência ou não de um dever de garantir o livre planejamento familiar através da PMA.

Contudo, a questão que se ocupa no presente item é a de saber se a liberdade que deve ser garantida aos indivíduos pelo Estado, que tem como uma de suas vertentes o livre planejamento familiar, poderia, então, ser fundamento para a utilização dos homens, independente de uma mulher, à PMA?

Em que pese a necessidade de sempre se ter em mente que qualquer projeto parental deve sopesar o melhor interesse do indivíduo que vier a nascer (o que será melhor analisado no item a seguir), não se pode ignorar o fato de que já se permite, através da lei, a utilização de mulheres às técnicas de PMA, independente de um diagnóstico de infertilidade (art. 4º, nº3 da LPMA). Desse modo, fundamentado ou não no livre planejamento familiar – ou até mesmo no direito de constituir família – o legislador permitiu que tais mulheres fossem consideradas beneficiárias, e que esse atributo lhes foi garantido pela própria lei.

Assim, superadas as barreiras em relação as mulheres, por que não permitir aos homens, pelo princípio do livre planejamento familiar, a autorização legal de recorrer às

¹⁸³ NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos...*Op. Cit.* P.137-138.

¹⁸⁴ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. A função da boa-fé objetiva no conflito de parentalidade decorrente da gestação de substituição. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, n. 4, p. 755-781. 2020. P. 761.

técnicas independente de uma mulher? Se o Estado deve garantir o planejamento das famílias e a liberdade de seus membros, entende-se que a vedação dos homens aos recursos da PMA, sem nenhum argumento para tanto, corresponde também, a uma clara violação a esse princípio.

Além disso, é válido também elucidar o questionamento da professora Thamis Dalsenter, que indaga: quais seriam os limites que podem ser legitimamente impostos pelos bons costumes para restringir a liberdade individual de cunho extrapatrimonial, de acordo com a legalidade constitucional, que nas relações privadas recebe o nome de “autonomia privada existencial?”¹⁸⁵¹⁸⁶

Sobre isso, perfilha-se o entendimento que tais limites não abarcam a vedação dos homens aos recursos de PMA, e nem mesmo aos contratos de gestação de substituição (necessários no caso em comento), não devendo ser mais sopesado para afastar os homens de um projeto parental, conforme anteriormente pontuado.

O livre planejamento familiar e a autonomia de vontade, também deve ser pensado a partir da ótica desse tipo de contrato, pois, acredita-se que o Código Civil e a liberdade contratual que dele resulta não são suficientes para regular os contratos de gestação de substituição, exigindo-se uma normatização específica.¹⁸⁷ Exige também o apoio incondicional dos princípios constitucionais. Sendo assim, o princípio ora analisado é fundamento para a inclusão dos homens independente de uma mulher a categoria de beneficiários da PMA, também sob a égide de apoio aos contratos de gestação de substituição.

Por fim, se escolheu tratar do princípio do superior interesse da criança, que conforme diversas vezes mencionado, é, e sempre deverá ser considerado, toda vez que se tratar de PMA, e principalmente, toda vez que se pretende investigar se é possível e positivo, a ampliação dos direitos relativos às técnicas de procriação. Tendo em vista que,

¹⁸⁵ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes...Op.Cit.* P. 32.

¹⁸⁶ No mesmo sentido, Miguel Teixeira de Souza pondera que “o direito da família não deve – nem pode – impor um determinado modelo de relação matrimonial ou paramatrimonial ou de relação entre pais e filhos. O que se espera do direito da família é uma ‘supportive *neutrality*’, dado que ele deve ser um apoio nas escolhas individuais respeitantes a acordos familiares e estilos de vida, mas esforçar-se por ser neutral perante pessoas que fazem diferentes escolhas”. Não sendo possível “construir um sistema de direito da família sem atender ao meio social e cultural em que ele se insere” e também não sendo possível “fechar o direito da família a esse meio envolvente, pelo que, embora seja inevitável que o direito da família legislado seja frequentemente desestabilizado pelas mudanças ocorridas nesse meio ambiente, há que procurar evitar as discrepâncias entre o direito legislado e as práticas sociais realmente vividas”. (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Do Direito da Família aos direitos Familiares: Para Francisco Pereira Coelho*. In. OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Textos de Direito da Família*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. P. 560-561)

¹⁸⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. A parte gestante está proibida de pintar...*Op. Cit.* P. 188.

o que se pretende nesses casos, é a geração de uma vida, dotada de dignidade, porém extremamente vulnerável e que precisa ser colocada no centro do debate.

2.4 Superior Interesse da Criança

Conforme cunhado por Kant, “o que tem preço pode ser também preposto por alguma coisa, a título de equivalência; ao contrário, o que é superior a qualquer preço, o que por conseguinte não admite equivalente, é aquele que tem uma dignidade”.¹⁸⁸

Na conceituação dada por Rui Alves Pereira, o superior interesse da criança é necessariamente um conceito indeterminado, que deve funcionar como um fim a ser perseguido “por todos quantos possam contribuir para o desenvolvimento harmonioso e saudável de qualquer criança”, inclusive, os pais, as instituições e o Estado.¹⁸⁹¹⁹⁰

De acordo com Anabela Miranda, o referido princípio deve ser analisado a partir de uma série de direitos, “no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”, mas que tal fato implica na consagração e configuração de uma multiplicidade de direitos ao nível legal.¹⁹¹

O superior interesse da criança está presente em diversos diplomas do ordenamento jurídico português. No código civil ele aparece no art. 1906º, ao tratar da determinação de residência alternada pelo tribunal, quando corresponder ao superior interesse da criança e no art. 1974º ao dispor sobre a adoção, reforçando que o instituto visa sempre o superior interesse do menor adotado.

¹⁸⁸ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*: Primeira Parte, primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito. Trad. Célia Aparecida Martins. Petrópolis: Editora Vozes. 2013.

¹⁸⁹ PEREIRA, Rui Alves. Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o princípio da audição da criança. *Revista Julgar*. Lisboa, set., p. 1-15, 2015. P. 5.

¹⁹⁰ O Autor aborda, ainda, em sua obra acerca do respeito ao princípio da audição da criança, que funcionaria como um desdobramento do superior interesse da criança, e que segundo ele “traduz-se: (i) na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade; (ii) no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração; (iii) numa cultura da criança enquanto sujeito de direitos”. No Brasil, o Estatuto da criança e do adolescente, de 13 de julho, fixa a idade de 12 anos como o limite concreto segundo o qual as crianças devem ou não prestar depoimento, opção que foi depois confirmada pelo artigo 1.740 do Código Civil em 2002. “Assim, na lei brasileira opera um critério objectivo que visa facilitar a função dos magistrados que não têm de aferir a maturidade ou não da criança em depor. Esta opção tem sido criticada pelos especialistas que consideram que a legislação não está em linha com os instrumentos internacionais que regem a matéria”. (PEREIRA, Rui Alves. Por uma cultura...*Op. Cit.* P 9-10).

¹⁹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. O Superior Interesse da Criança. In. LEANDRO, Armando; Lúcio, Álvaro Laborinha; GUERRA, Paulo. (Coord.). *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 2010. P. 40

Já no texto constitucional, encontra-se presente no art. 68º, nº3, em relação à dispensa de mães e pais do trabalho, por um período adequando, de acordo com os interesses da criança e do agregado familiar, bem como, implicitamente no art. 69º, nº1, quando dispõe que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, sempre em busca de seu desenvolvimento integral.¹⁹²

A Lei nº 147/99 de 01 de setembro, conhecida como lei de proteção de crianças e jovens em perigo, também possui papel fundamental na consagração do superior interesse da criança, como norteador das atividades do Estado. O art.4º, alínea a), da lei, trata expressamente da necessidade de promoção dos direitos e proteção dos jovens e crianças a partir do princípio do superior interesse das crianças e adolescentes. O mesmo ocorre no art. 58º, nº1, nas alíneas g), i), j), ao tratar da criança e do jovem em acolhimento, assim como no art. 60º, nº3, art. 62º-A, nº7 e art. 83º.

No Brasil, papel semelhante é desempenhado pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990 de 13 de julho. Para a autora brasileira, Heloisa Helena, os deveres dos pais são ampliados com a integração do ordenamento jurídico brasileiro à doutrina de proteção integral regida pelo melhor interesse da criança (chamado de superior interesse da criança em Portugal), o que pode ser percebido no conteúdo do art. 227 da Constituição Federal brasileira.¹⁹³¹⁹⁴

O superior interesse da criança também está garantido no art. 24º da CDFUE, quando trata dos direitos da criança. Para Rosa Cândido Martins, o artigo da carta elege o melhor interesse da criança como uma consideração primordial em relação a todas as decisões e ações juridicamente relevantes ou factuais relativas às crianças. Não se trata de qualquer interesse, mas sim do melhor para aquele menor, e todas as instituições e

¹⁹² O superior interesse da criança também está garantido no art. 24 da CDFUE, quando a mesma trata dos direitos da criança. Para Rosa Cândido Martins, o artigo da carta elege o melhor interesse da criança como uma consideração primordial em relação a todas as decisões e ações juridicamente relevantes ou factuais relativas as crianças. Não se trata de qualquer interesse, mas sim do melhor para aquele menor, e todas as instituições e órgãos da União Europeia (UE) devem estar sujeitos ao cumprimento de tal princípio, principalmente quando ele estiver em conflito com outros interesses. (MARTINS, Rosa Cândido. Art. 24 – Direito das Crianças. In. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (Coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, p. 298-311. 2013. P. 305-306)

¹⁹³ BARBOZA, Heloisa Helena. In. PREREIRA, Tânia da Silva; Coltro, Antônio Carlos Mathias; OLIVEIRA, Guilherme (Org.) *Cuidado e Afetividade: Projeto Brasil/Portugal -2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.P. 178.

¹⁹⁴ Portugal e Brasil, também participaram da Convenção sobre os Direitos da Criança da UNICEF de 1990, que dispunha que toda a criança deve receber a proteção e a assistência necessária para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade, e ratificaram a referida convenção em 21 de setembro de 1990 e em 21 de novembro de 1990, respectivamente.

órgãos da União Europeia (UE) devem estar sujeitos ao cumprimento de tal princípio, principalmente quando ele estiver em conflito com outros interesses.¹⁹⁵

Chama a atenção, no entanto, que a LPMA não trate expressamente do superior interesse da criança, ou que coloque no texto legal, ainda que de forma implícita, a consideração primordial que é a do bebê que vier a nascer do projeto parental.

Sobre isso, Vera Lucia Raposo afirma que presta-se a ser alvo de crítica, a total ausência de qualquer referência ao superior interesse do menor na LPMA, por ser um dos critérios usualmente considerados, principalmente, em matéria de regulamentação dos contratos de gestação.

Para a autora, pode-se supor que esta omissão se deve ao fato de que a LPMA regula os contratos de gestação por uma perspectiva puramente contratual e não como uma questão de conflito entre diferentes pretensões de filiação, sendo somente neste último cenário que faz sentido reivindicar o referido princípio. Em um eventual litígio que vier a ser tratado pelo tribunal, como uma violação contratual e não como uma disputa de poder parental, não faria sentido intervir o superior interesse da criança.¹⁹⁶

A autora, então, conclui que ainda assim, deveria ter o legislador se preocupado em criar um espaço para uma avaliação do interesse da criança, tal como de resto sucede em geral no Direito de Família.¹⁹⁷ Ou seja, mais uma vez, a preocupação com a ponderação de autonomias de vontade dos partícipes do projeto parental – contratos e a força do direito civil contratual regendo as relações familiares – em detrimento do interesse da criança, que é a força motriz do direito da Família.

Nas palavras do ilustre professor Carlos Pamplona Corte-Real e de Jessica Esmeraldo, o referido princípio apresenta conceito indeterminado, “cuja concretização passará por uma leitura criteriosa do nosso sistema jurídico-familiar em ordem ao recorte equitativo do mesmo e das soluções a acolher caso a caso”.¹⁹⁸

Em todo o caso, em que pese o assombro por não haver menção na LPMA nesse sentido, deve-se sobrepesar se, eventualmente, a permissão aos homens singulares e casais de homens à categoria de beneficiários da PMA poderia gerar uma afronta ao superior interesse da criança.

¹⁹⁵ MARTINS, Rosa Cândido. Art. 24 – Direito das Crianças...*Op. Cit.* P. 305-306.

¹⁹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você...*Op. Cit.* P.28.

¹⁹⁷ *Ibid.* P. 29.

¹⁹⁸ CORTE-REAL. Carlos Pamplona; ESMERALDO, Jéssica Souza. O Direito da Família: biologismo versus afetividade. *Revista de Direito Civil*, Lisboa, n.2, ano 4, p. 277-295. 2019. P. 284.

Sobre isso, importa lembrar que no caso de homens (que não sejam homens transexuais), necessariamente se está falando do envolvimento da gestação de substituição para a conclusão desse projeto parental e, a esse respeito, o professor Carlos Pamplona Corte-Real, afirma que a GS não se preocupa de todo em ponderar o superior interesse da criança, quando bem pelo contrário, “está circunscrito ao desiderato de proteger o interesse da gestante de substituição”, que nem sequer é a titular do óvulo fertilizado que gera.¹⁹⁹

Em outra de suas obras, Vera Lúcia Raposo, menciona que o acesso às pessoas singulares ou homossexuais aos recursos da PMA, poderia para alguns, ser vedado pelo princípio do melhor interesse da criança (embora seja reconhecido esse direito a mulheres em ambas as situações – singulares e casais de mulheres). No entanto, a autora pondera que não existe nenhum estudo científico que demonstre que pessoas nessas situações seriam incapazes de amar e educar uma criança, e nem que elas cresceriam traumatizadas.²⁰⁰

Por outro lado, Miguel Oliveira da Silva afirma que o contrato de gestação de substituição, por mais detalhado que seja, possui certos problemas principais, dentre eles a ignorância sobre o que pensam, sente, e desejam as crianças assim originadas, quando sabem, p.e. a sua história biológica, e quem foi a sua gestante. Para ele, o que pensaria uma criança ou um adolescente, quando souber que foi objeto de um contrato, que foi gerado numa mulher paga?²⁰¹

De fato, concorda-se com o pensamento elucidado pela autora, que uma criança criada por um único pai, ou um casal de homens não será necessariamente traumatizada, ou crescerá em um ambiente prejudicial ao seu desenvolvimento, muito pelo contrário, defende-se que esse tipo de resultado em nada está vinculado às famílias monoparentais ou homossexuais, seja de mulheres ou homens.

Mas também, pode-se dar razão ao autor, de que os sentimentos da criança nascida em relação a esse processo que lhe deu origem deveriam ser levados em consideração nas negociações a respeito dos contratos que tratam sobre PMA, principalmente nos casos de GS, em que esse bebê passa nove meses dentro de um útero aparentemente desconhecido.

¹⁹⁹ CORTE-REAL. Carlos Pamplona; ESMERALDO, Jéssica Souza. O Direito da... *Op. Cit.* P. 292.

²⁰⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe...*Op. Cit.* P. 17-19.

²⁰¹ SILVA, Miguel Oliveira da. *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*: para um debate de cidadãos. Alfragides: Editorial Caminho, 2017.P. 161 e 163.

Embora, se discorde que o simples fato de uma criança ser gerada por recurso à uma técnica de PMA, ainda que por meio de GS, lhe seja necessariamente prejudicial.

Por conta disso, perfilha-se o entendimento apresentado por Marlyn Crawshaw, a respeito da necessidade de mais pesquisas, incluindo estudos em larga escala com amostras representativas, no desenvolvimento físico, social e psicológico de crianças nascidas por meio de GS, e até mesmo estudos sobre o impacto em gestantes de substituição e pais comissionados.²⁰²²⁰³

No mesmo sentido, Renate Klein questiona “*so, what can we do?*”²⁰⁴. E sugere que em primeiro lugar precisa haver uma discussão pública séria e mundial sobre os problemas e perigos da GS. Contudo, segundo a autora seria necessário romper o *hype* das histórias felizes que os grupos de defesa da GS e as mídias desencadeiam sobre as pessoas em relação a esse assunto, e afirma que proibir os gays quando eles alegam ter “o direito de explorar” mulheres para que possam ter seus bebês, não poderia ser enquadrado como homofobia.

A segunda parte do pensamento da autora, ao que parece é veementemente contra a GS, de modo que propõe o debate acerca do assunto, mas não esconde sua abominação a que essa técnica possa ocorrer. Em outras palavras, a autora não parece disposta a debater, já tendo formulado pensamento a respeito.²⁰⁵

Porém, entende-se que não se pode afirmar do mesmo modo, principalmente em razão da ausência de debates e estudos divulgados em veículos de grande circulação, que haja consequências relativas ao desenvolvimento de traumas em crianças que foram geradas através de recursos de PMA, e até mesmo de gestação de substituição.

Isso não significa poder dizer que por conta disso, serão tais crianças prejudicadas, ou até que não serão, mas que esse debate não pode permanecer só enquanto ao recurso de homens, quando aparentemente foi superado pela lei ao permitir a prática em Portugal, e ao garantir o acesso à todas as mulheres. Esse na verdade, é o ponto central do debate.

²⁰² CRAWSHAW, Marlyn; *Et al.* What are Children’s best interests in international surrogacy? A Social Work Perspective from UK. In. DAVIES MIRANDA (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, 2017. P. 179.

²⁰³ Em um comparativo com a adoção, talvez por esse instituto ter a sua prática iniciada a séculos atrás, com registros antes mesmo de Cristo, existem mais pesquisas e estudos sobre a qualidade de vida, problemas e soluções dos adotados. A título de exemplo a obra de Marc Bornstein e Joan Suwalsky. (BORNSTEIN, Marc H; SUWALSKY, Joan T. D. Risco e resiliência na adoção: Um estudo longitudinal de crianças adotadas em circunstâncias ótimas. In. MATIAS, Manuel; PAULINO, Mauro (Coord.). *A Criança no processo de adoção: Realidades, desafios e mudanças*. Estoril: Primebooks, p. 160-179. 2014).

²⁰⁴ Em tradução livre: “Então, o que podemos fazer?”

²⁰⁵ KLEIN, Renate. *Surrogacy: A Human Rights Violation*. Australia: Spinifex Press, 2017. P.176.

Desse modo, as questões que foram levantados a respeito das práticas e do acesso à PMA, sob a ótica do superior interesse da criança, principalmente após o nascimento dessa, com a consideração que carecem estudos e grandes preocupações sobre os “pós nascimento”, (que não esteja vinculado ao problema da filiação), não deixam de ser relevantes e merecem especial atenção.

Mas, o objetivo central do presente trabalho, não é o de debater ou chegar a alguma conclusão sobre o instituto da GS – se deveria ser permitido, como, se é ou não benéfico – mas sim, partindo do pressuposto que ele é admitido, e agora está regulamentado pela LPMA, e considerando que o superior interesse do menor se coaduna com a sua prática em relação as mulheres, independentes de seu estado civil e orientação sexual, por que não pode o mesmo ocorrer aos homens?

Ao que parece, a doutrina não apresenta muitos questionamentos sobre essa discrepância, muito menos parece haver um fundamento contrário aos homens sozinhos e casais de homens a serem considerados beneficiários, fundado no superior interesse do menor, pelo que se pode dizer, que essa vedação da LPMA, caso superada, em nada alteraria o olhar a respeito desse princípio nas práticas de procriação assistida.

Por fim, cumpre ressaltar que diferente dos outros itens do presente capítulo, o foco principal deixou de ser os homens (independentes de seu estado civil e orientação sexual), objeto central do trabalho, e passou ao centro o bebê, a vida que seria gerada, por isso, foi importante trazer novamente a baila a gestação de substituição, que é o único meio que permitirá que o projeto parental, com a geração dessa vida, aconteça no caso desses homens.

No próximo capítulo, será enfrentada a questão de saber se a vedação a essa categoria de homens, produz alguma eficácia, principalmente em termos de filiação.

3. A Eficácia da Vedação

Guilherme de Oliveira afirma que o direito em geral, e o direito de família em particular tinham o propósito de definir as boas condutas e de garantir que todos os cidadãos as adotariam, podendo-se encontrar o que o autor chama de “deveres do homem e dos deveres da mulher” estabelecidos de forma pormenorizada na lei.²⁰⁶

A partir do que fora apresentado nos capítulos anteriores, resta investigar se a vedação à categoria de beneficiários que a LPMA promove em relação aos homens, desacompanhados de uma mulher em seu projeto parental, gera efeitos práticos no território português, e se de fato consegue afastar o recurso a esses indivíduos. Em outras palavras, resta saber se o propósito da vedação na lei foi atingido.

Segundo Mafalda de Sá, a exclusão dos homens sozinhos, ou casais de homens ao recurso à PMA, única técnica que lhes permite ter filhos com alguma ligação biológica, num contexto em que esta mesma técnica está regulada, é completamente infundada.

De acordo com a autora, tal entendimento resulta em uma incompreensão a partir de dois patamares metodológicos: o da admissibilidade, por um lado, da “extensão do leque de beneficiários de técnicas de auxílio à procriação” e por outro lado, da gestação de substituição. Os problemas relativos a esta são independentes dos aspectos atinentes aos beneficiários, principalmente, pelo eventual conflito de parentalidade que possa surgir se a gestante se arrepender.

Da mesma forma, os problemas relativos à admissibilidade ao recurso de PMA, por casais homossexuais ou por uma pessoa individualmente, suscita outro tipo de interrogação, como a de saber se deverão e se são admitidas estruturas familiares monoparentais ou compostas por casais homossexuais, (sem que se diferencie quando em causa estão mulheres ou homens).²⁰⁷ O que foi objeto de estudo no primeiro capítulo da presente investigação.

Assim, uma vez tratada da questão da admissibilidade destas duas situações, ainda de acordo com a autora, pode-se passar para o segundo patamar metodológico, que ela denomina “*coerência valorativo sistemática*”. Para Mafalda de Sá, tal coerência nada mais é do que a verificação se o ordenamento jurídico aceita e regula o recurso à PMA

²⁰⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. Transformações do direito da... *Op.Cit.* P. 769

²⁰⁷ SÁ, Mafalda de. O Estabelecimento da... *Op.Cit.* P. 70-71.

em estruturas homossexuais ou monoparentais e se faz o mesmo com a gestação de substituição. Sem que se possa decorrer, uma conjugação positiva e incoerência discriminatória quanto aos sujeitos que podem recorrer às técnicas e a GS.²⁰⁸

Conforme verificou-se no capítulo anterior, foi possível concluir que o acesso aos homens, independente de seu estado civil e orientação sexual, à categoria de beneficiários, não é incompatível com a legislação vigente, e se coaduna com os princípios e garantias presentes na CRP e com o restante do ordenamento jurídico português, tendo sido uma escolha do legislador determinar a sua exclusão.²⁰⁹²¹⁰

Nas palavras do professor Carlos Pamplona Corte-Real, “feito o percurso pela legislação portuguesa, é difícil deixar de reconhecer que, apesar das denunciadas inconstitucionalidades materiais, o preconceito homofóbico vai vingando”, e que ainda subsiste com vigor perante “o imobilismo crítico”, não somente em nível legal, mas doutrinário e jurisprudencial.²¹¹

Assim como o preconceito de gênero, a discriminação contra pessoas da comunidade LGBT²¹² é um desafio real para as leis, que muitas vezes são cegas para determinado gênero e orientação sexual, mesmo quando o número de adultos representando famílias não tradicionais, só cresce, e se apresenta para acessar serviços a

²⁰⁸ SÁ, Mafalda de. O Estabelecimento da... *Op.Cit.* P. 70-71.

²⁰⁹ No mesmo sentido manifestou-se João Carlos Loureiro, ao tratar da exclusão dos homossexuais pela lei (quando ainda não era possível que casais de mulheres fossem beneficiárias), entendendo desde aquele momento que a insustentabilidade da leitura de exclusão dos homossexuais do rol de beneficiários, apoiada em uma interpretação conforme a CRP do art. 6º, nº 1 da LPMA, já não era hermeneuticamente aceitável”. (LOUREIRO, João Carlos. Há mais vida para...*Op.Cit.* P. 283). Assim como Eduardo Dantas e Marianna Chaves, para quem “não há, em termos científicos, legais e éticos, motivação lógica nem sólida para afastar os homens solteiros e casais homossexuais do sexo masculino do âmbito da PMA e da *gestação de substituição*. Tendo em vista que, a reprodução seria um direito fundamental, e qualquer norma que o restrinja deveria vir acompanhada de indicação do interesse público para haver tal restrição”. (DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. P. 142).

²¹⁰ Por sua vez, conforme pontuado no capítulo anterior, não são poucos os autores que mesmo assim insistem que o afastamento dos homens encontra amparo legal, como é o caso de Maria do Céu Patrão, para quem “o recurso de um casal de homens homossexuais a *gestação de substituição*, desrespeitaria o princípio da subsidiariedade, pois o recuso a tal técnica não visa a restauração de uma capacidade reprodutiva, mas apenas produzi-la quando a mesma estiver ausente ou não exercida”. (NEVES, Maria do Céu Patrão. *Mudam-se os tempos...Op.Cit.* P.137)

²¹¹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Homoafectividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal. In. DIAS, Maria Berenice. PINHEIRO, Jorge Duarte (Coord.). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Editora Magister, p.24-38. 2008. P. 36.

²¹² Sigla para lésbicas, gays, bissexuais e transsexuais, que atualmente pode ser encontrada como LGBTQIA+, englobando as pessoas queers, o intersexo, o assexual, sendo o + utilizado para incluir outros grupos e variações de sexualidade e gênero, além desses.

disposição do outro grupo (famílias “tradicionais”), como o caso da PMA e da gestação de substituição.²¹³

Outrossim, partindo do pressuposto de que a vedação é uma realidade fática, resta saber se ela é realmente efetiva, e quais consequências gera em matéria de filiação para o cidadão português.

Guilherme de Oliveira, em outra obra, ao tratar da questão da realização da PMA vedada, fora do território português, afirma que a diversidade do que determinam as legislações nesta matéria pode incitar que os nacionais de um estado procurem em outro os resultados que o sistema jurídico de seu país não lhes permite. “A diversidade das soluções entre os Estados e a livre – e fácil – circulação de pessoas pode dar lugar uma espécie de turismo da procriação assistida”.

Para o autor, caso isso aconteça, o país de origem perde o controle sobre aspectos importantes da organização do parentesco, e passa a não poder confiar na verdade do registro civil dos seus nacionais. Trata-se, portanto, de uma área complexa em que, as especificidades culturais podem ditar regimes diferentes.²¹⁴²¹⁵

Não se pode descartar que o mundo é globalizado, e que existe uma livre circulação de pessoas entre grande parte dos países da Europa, o que acaba por aumentar as possibilidades dos homens portugueses, desacompanhados de uma mulher, recorrerem a técnicas em outros países, para a satisfação dos seus projetos parentais.²¹⁶²¹⁷

De acordo com Maria Margarida Silva Pereira, a LPMA não teve potencialidade de pôr fim no processo de “turismo procriativo”, e que a vontade de proceder à “aquisição” de um filho por quem não o pode ter, por qualquer outro meio, acaba por levar a diante tal propósito onde é permitido. Isso porque, os meios existem, e “há países

²¹³ DARLING, Marsha Tyson. What about the children? Citizenship, nationality and the perils of statelessness. In. DAVIES MIRANDA (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, p. 185-203, 2017. P.189.

²¹⁴ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da ...*Op. Cit.* P. 790-791.

²¹⁵ Nas palavras do Autor, “as dificuldades de harmonização sentidas pelo Comité *ad hoc* de peritos sobre os progressos das ciências biomédicas (Ad hoc Committee of experts on Bioethics - CAHBI) no âmbito do Conselho da Europa, são um indício seguro da possibilidade de viverem a ser adoptadas regras divergentes”. (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da ...*Op. Cit.* P. 790, nota de rodapé).

²¹⁶ Não somente em matéria de PMA que essa busca existe fora do país de origem. Para Laurel Swerdlow, a globalização permitiu que os indivíduos viajassem para o exterior para buscar serviços de saúde indisponíveis e/ou mais caros em seus países de origem, o que ficou conhecido como “*medical tourism*” (turismo médico). (SWERDLOW, Laurel; CHAVKIN, Wendy. *Motherhood in Fragments: The Disaggregation of Biology and Care*. In. DAVIES MIRANDA (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, 2017. P. 22).

²¹⁷ O art. 21º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, eu seu nº1, determina que “qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação”.

em que a lei alarga os pressupostos do procedimento”, e onde é possível o casal ou o homem sozinho se deslocar para tal finalidade.

Para a autora, a instabilidade dos casos de permissão, longe de criar uma consciência proibicionista ou de constituir para uma visão antiética mais alargada, na verdade favorece a revolta pelas limitações legais, ou deixa indiferente quem pretende aceder a meios científicos que continuam a estar disponíveis, “e que o desenvolvimento das ciências médicas apenas pode incrementar”.²¹⁸

Ainda assim, ao contrário do que imaginou o legislador, a proibição não parece inibir a existência das práticas por homens fora do território português. Em outra célebre obra, Maria Margarida Silva Pereira dispõe que “a maternidade de substituição existe, como afirmamos; sem retorno possível”²¹⁹, assim como acredita-se que essa máxima seja válida em relação a PMA.

Além disso, a saída dessas pessoas para fora das suas próprias fronteiras pode ser motivada pelo fato de buscarem única e exclusivamente um bebê, ou pode acontecer de forma não programada, quando simplesmente se está fora do seu país de residência e acaba-se por recorrer as técnicas no local em que se encontra, sem nem se atentar para a vedação que se impõe na lei de seu país de origem, no caso tomando como parâmetro Portugal.

Guilherme de Oliveira defende que caso se espere bastante, a Europa poderia vir a dar à luz a um direito da família único, tratando-se hoje de saber se seria viável promover a unificação desse direito através de iniciativas e deliberações ordenadas para esse fim. “Vão longe os tempos em que os cidadãos nasciam e morriam no mesmo lugar”. A mobilidade social e o fim das fronteiras, principalmente na Europa, tem feito aumentar os casamentos binacionais, as residências em países diferentes ao longo da vida.²²⁰

De acordo com Jorge Miranda, “para além do que é universal, cada comunidade, por força de circunstâncias geográficas e históricas, possui sua própria cultura, distinta”, mesmo que esta cultura esteja em contato com as demais e sofrendo suas influências. Nos dias atuais, a circulação de bens culturais e de pessoas acaba por conduzir a tendências

²¹⁸ PEREIRA, Maria Margarida Silva. Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. *Revista Julgar* p. 1/25, 2017. P. 24-25.

²¹⁹ PEREIRA, Maria Margarida Silva. Gerar uma Criança para outros: do *ghetto* e do *gineceu* à afirmação da igualdade de género e dos direitos das crianças. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.3, ano 4, p.1585-1616, 2018. P. 1585.

²²⁰ OLIVEIRA, Guilherme de. Um Direito da Família Europeu? (play it again, and again... Europe!). In. AA.VV. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra: Um código civil para a Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 117-126. 2002. P. 119-120.

uniformizadoras, mas ao mesmo tempo de multiculturalismo.²²¹ Tal situação acaba por gerar questionamentos bastante pertinentes a respeito do estabelecimento da filiação dessa gama de crianças, que também merecem proteção, quando do seu retorno.

Uma legislação unificada poderia resolver as problemáticas que se levantam, e ainda garantir uma segurança jurídica muito maior para os futuros pais e mães beneficiários, bem como, e, principalmente, para os bebês gerados a partir das técnicas de PMA e através da GS. Porém, enquanto isso não ocorre, importa saber quem costuma recorrer às técnicas fora do país, que são vedadas em Portugal? Em que países geralmente recorrem (qual legislação permite)? Dúvidas que se pretende sanar no próximo item.

3.1 A realização da PMA vedada fora de Portugal

Levando em consideração a dimensão atual do chamado “turismo reprodutivo” e da movimentação de pessoas em busca do melhor ordenamento para celebrar um contrato de gestação, conclui-se que se está diante de uma questão de enorme relevância, mas que não recebe atenção aos seus desdobramentos nem quando as técnicas ocorrem em Portugal, por estrangeiros, e nem quando ocorrem no estrangeiro, por cidadãos portugueses.

Vera Lucia Raposo alerta que a LPMA não esclarece “se as partes – os pais contratantes e a gestante de substituição – têm que ser cidadãos portugueses ou, ao menos, residir em Portugal”. Do mesmo modo que não o faz com os beneficiários em geral²²².

A lei não aponta qualquer exigência quanto à residência e/ ou nacionalidade das partes contratantes, nem qualquer esclarecimento quanto à eventual validade jurídica de um contrato celebrado em Portugal e à luz da lei portuguesa por parte de pessoas que venham a Portugal especificamente para esse efeito.²²³ Do mesmo modo que não trata sobre uma eventual realização fora do território português sobre a nacionalidade e paternidade da criança que vier a nascer, e que depois busca esses reconhecimentos no país.

²²¹ MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 66, out./dez., p. 95/107, 2017.P. 96.

²²² O que somente em 2021 foi alterado pelo art. 2º da Lei nº90/2021, que em relação a GS passou a determinar o âmbito de aplicação da referida lei somente aos cidadãos nacionais e a estrangeiros com residência permanente em Portugal.

²²³ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você...*Op. Cit.* P. 47.

Sobre as ausências de certas previsões na LPMA, Maria Berenice Dias adverte que “o fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica”, e nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de uma determinada situação fática, que não esteja predeterminada na legislação. Além disso, a falta de previsão específica nos regramentos legislativos não poderia servir de justificativa para se negar a prestação jurisdicional ou se reconhecer a existência do direito.²²⁴

No momento de elaboração da presente investigação, conforme anteriormente exposto, o único grupo de pessoas que não poderia iniciar um projeto parental através da PMA em Portugal, são os homens desacompanhados de uma mulher (casais de homens e homens independente de seu estado civil e sua orientação sexual). Além desse grupo, somente está vedado recurso a tais técnicas à menores de idade, já que não se tem uma idade máxima para ser considerado possível beneficiário.²²⁵

Desconsiderando o critério etário, que é completamente compreensível, percebe-se que se qualquer mulher, independente de um diagnóstico de infertilidade pode recorrer à PMA em Portugal (art. 4º, nº3 da LPMA). O interesse motivado a sua utilização fora do território português, e, portanto, fora do controle jurisdicional do país, se restringiria basicamente aos homens.

Descarta-se também os casos em que os casais, ou a pessoa singular acaba por recorrer a uma técnica de PMA em determinado país, porque lá está residindo, ainda que temporariamente, focando-se nas questões acima suscitadas relativas ao turismo reprodutivo dos homens e casais de homens, já que é a eles que se impõe a vedação em Portugal.

Nas palavras do professor australiano, Damien Riggs, estes seriam os homens que, por um lado, podem ser vistos como “exilados reprodutivos”, pois devem deixar seu país de residência para acessar os serviços de fertilidade em outro, mas em contrapartida, podem ser vistos como, o que o autor chama de “repreneurs”²²⁶ um termo que descreve o papel do neoliberalismo na tomada de decisões daqueles que são retratados como agentes ativos em sua reprodutividade.²²⁷

²²⁴ DIAS, Maria Berenice. “Homoafetividade e o direito...*Op. Cit.*

²²⁵ Desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas, conforme determina o art. 6º, nº3 da LPMA, já mencionado anteriormente.

²²⁶ “Empreendedores” (em tradução livre).

²²⁷ RIGGS, Damien W; DUE, Clemence. Constructions of Gay Men’s Reproductive Desires on Commercial Surrogacy Clinic Websites. In. DAVIES MIRANDA (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, p.33-45. 2017. P. 33.

Já em relação à GS, Pablo Navarro declara que, em Portugal, no caso da gestante de substituição desejar ajudar dois casais igualmente incapazes de gerar, um formado por dois homens e o outro por um homem e uma mulher, a lei é peremptória, e a gestante não poderá ter em seu útero a criança do primeiro casal. O que demonstra que a limitação no acesso a esta técnica a mulheres em situações clínicas que as impeçam de gestar, empurra as voluntárias a GS para, nas palavras do autor, “uma espécie de homofobia obrigatória”. E nesses casos, o Estado pré-seleciona os candidatos pelas gestantes, excluindo qualquer projeto familiar que não inclua uma figura materna.²²⁸

O Autor, ainda, alerta que para os casais *gays* (aqui se referindo aos homens), da mesma forma que para os homens solteiros, seja qual for a sua orientação sexual, recorrer à GS constitui um crime com pena prisão (art. 39º, nº 3 da LPMA), assim como quem aplicar tais técnicas em quem estiver fora da categoria de beneficiários (art. 35º da LPMA). Como consequência, a GS continuará para aqueles que podem investir uma enorme quantia para sua realização no exterior. “Independente da regulamentação definitiva, esta lei constitui já o novo bastião da organização heterossexual do âmbito reprodutivo e familiar”, principalmente em relação aos homens.²²⁹

Assim, não bastaria que a eles fosse permitido o acesso à PMA, sem que antes lhes fosse concedida utilização da GS – que atualmente só é permitida a mulheres, e a título excepcional, conforme art. 8º, nº 2 da LPMA. No caso dos homens, não existe outra possibilidade de utilização de uma das técnicas de PMA, sem passar necessariamente por esse procedimento, como alertado anteriormente.²³⁰

Desse modo, além de recorrer às técnicas de procriação fora do território português, o homem ou casal de homens deve, e acaba por buscar, um país em que lhes seja autorizado o recurso à GS.

²²⁸ Sobre o posicionamento do Autor, quando ele trata de “casais igualmente capazes de gerar” ao que parece, ele aborda a questão da fertilidade isolada, e não o fato que é inegável de que dois homens (que não sejam transexuais) não são capazes, sozinhos de gerar. Além disso, importa frisar que a “homofobia obrigatória”, atualmente, só ocorre em relação aos homens, já que é possível que um casal de mulheres recorra as GSs em Portugal. (NAVARRO, Pablo Pérez. *Só geraras para o casal heterossexual*. Lisboa, p. 47, 17 de abril de 2017).

²²⁹ NAVARRO, Pablo Pérez. *Só geraras para...Op. Cit.*)

²³⁰ Desse modo, uma mulher não poderia no território português recorrer a GS somente pelo fato de não querer engravidar, devendo para ser considerada beneficiária, apresentar uma das motivações descritas na lei. A referida exclusão, entende-se, ser extremamente cabível, de modo que é difícil pensar que considerando a necessidade de se estar diante de um procedimento altruístico, que a simples vontade de não gerar, permita que o Estado português se mobilize para que outra pessoa gere no lugar de outra. Por essa razão, focasse nos homens, tendo em vista a ausência de compreensão para a sua exclusão.

É manifesto que a lei pretendeu dificultar a utilização das técnicas de PMA e a GS por parte desse grupo de homens em Portugal, mas o que se encontra no cenário mundial global é a busca sem limites para a realização pessoal de cada indivíduo. Fronteiras territoriais deixam de ser impedimento, assim como a legislação do país de origem, existindo um fluxo de pessoas dispostas a recorrer a tais procedimentos onde lhes seja oferecido o que buscam.²³¹

Vera Lucia Raposo adverte que enquanto um homem singular heterossexual sempre pode ter filhos mediante uma relação com uma mulher, (o que ele pode muito bem não querer) nos casos de homens e casais homossexuais tal hipótese não é viável e nem lhes deve ser exigível²³², não lhes restando alternativa, senão a GS.

Desse modo, restou determinado o grupo de cidadãos portugueses que poderá realizar a chamada “PMA vedada” fora do território nacional, sendo eles somente os casais de homens ou qualquer homem, independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual. O que resta determinar, contudo, é em que países do Globo eles podem recorrer não somente a PMA, mas também a imprescindível GS, para que seu projeto parental seja concretizado, e quais suas consequências, quando retornam a Portugal.

3.1.1 A possibilidade de realização da PMA vedada fora de Portugal

No ano de 2017 chegou ao conhecimento do mundo que o jogador português, Cristiano Ronaldo, ganhador por cinco vezes do prêmio bola de ouro, seria pai de gêmeos através da realização de uma técnica de reprodução assistida, e utilização de gestante de substituição em San Diego, Califórnia, nos Estados Unidos. Os boatos da época eram de que o jogador sozinho, já havia se utilizado dos mesmos procedimentos para gerar o seu primeiro filho, Cristiano Ronaldo Júnior.²³³

²³¹ “A maternidade de substituição é, sem dúvida, um negócio bilionário a nível mundial, mas as leis democráticas emergem de iniciativas legislativas que a cobrem com o manto do altruísmo, da solidariedade com quem pretende ter filhos e o não pode”. (PEREIRA, Maria Margarida Silva. Gerar uma Criança...*Op.Cit.* P. 1590).

²³² RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você...*Op. Cit.* P. 26 (nota de rodapé).

²³³ Matéria disponível em <<https://esportefera.com.br/noticias/futebol,cristiano-ronaldo-estaria-esperando-gemeos-gerados-por-barriga-de-aluguel-nos-eua,70001696484>> Acesso em 16 out. 2022.

Cristiano Ronaldo ciente da vedação existente em Portugal, seu país de origem, a respeito de seu ingresso como beneficiário de um projeto parental, preferiu recorrer a uma clínica (segundo relatos jornalísticos) nos Estados Unidos da América (EUA), país em que em certos estados é permitida a referida prática.

Ronaldo, como é conhecido em solo português, não é o primeiro cidadão a recorrer as referidas técnicas fora de seu país, ou de residência habitual, sendo comum atualmente a prática, para aqueles que possuem uma situação financeira confortável que os possibilite o recurso nos países em que lhes seja permitido.

No caso do célebre jogador, o país de escolha foi os EUA, porém existem outros países em que a referida prática é possível e que acabam sendo escolhidos para a realização dos projetos parentais vedados nos países dos cidadãos beneficiários. O presente item, sem a pretensão de esgotar o tema, tem como objetivo apresentar a legislação de certos países em comparação com a LPMA, a fim de fornecer um panorama mínimo global, seguindo alguns recortes (eis que impossível falar sobre a todos os países do globo) nesta matéria.

No continente americano, trataremos dos EUA²³⁴, que como mencionado, é um dos destinos mais procurados para a concretização de um projeto parental através de PMA e GS, principalmente por homens, e do Brasil, país que por ter sido uma das colônias portuguesas no passado, possui forte relacionamento com Portugal, não somente em relação ao fluxo de pessoas, mas também em matéria de Direito da Família.

Nos Estados Unidos da América, cada estado é livre para legislar em matéria de PMA e sobre GS, devido a sua autônoma legislativa, promovida pela 10ª Emenda à Constituição Americana²³⁵. Se tratando da GS, prática fundamental para a realização de um projeto parental por parte dos homens sem a companhia de uma mulher, certos estados a proíbem expressamente, outros permitem, e alguns simplesmente silenciam²³⁶, tanto em

²³⁴ País em que foi realizado um dos casos mais conhecidos mundialmente de gestação de substituição. O caso do “Baby M”. (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há...Op. Cit.* P. 87 e ss)

²³⁵ A referida emenda estabelece que: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*”. (Em tradução livre: Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela proibidos aos Estados, são reservados aos Estados respectivamente, ou ao povo.

²³⁶ Tendo em vista não ser o principal objetivo da investigação que se propôs na presente dissertação, foram analisados somente alguns estados americanos a título de exemplo. **Arizona** (*Ariz. Rev. Stat. Ann.* § 25-218) e **Nova Iorque** (*N.Y. Dom. Rel. Law* § 122), proíbem expressamente a GS. **Texas** (Texas Constitution, Family Code, Subchapter H. Child of Assisted Reproduction, Sec. §160.7031: Unmarried Man’s Paternity of child of assisted reproduction – é permite o recurso as técnicas de PMA e a GS, por homens sozinhos, que serão considerados para todos os efeitos os pais daquela criança que vier a nascer), **Columbia** (*D.C. Code* § 16-401, 402 – permite qualquer indivíduo casado ou não e pode ser utilizada por um ou mais pais intencionais. Os contratos dispõem somente sobre o pagamento de despesas decorrentes do contrato, e

suas leis quanto na jurisprudência local. Alguns ainda permitem somente os contratos gratuitos.

A *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, aprovou uma lei chamada *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*²³⁷, que determina em seu *summary*, que cada estado norte-americano é livre para optar pelo regime que preferir a respeito dos procedimentos que envolvem as técnicas de PMA, principalmente em relação a gestação de substituição, desde que preenchidos certos requisitos dispostos na lei.²³⁸

Na mesma conferência, com o objetivo de auxiliar os Estados na elaboração de leis, também foi criado o modelo chamado *Uniform Parentage Act*, que em seu art. 8º, adota um regime que permite o contrato de GS, o fazendo depender apenas de uma homologação judicial.²³⁹

De acordo com Regina Sauwen, até mesmo em certos hospitais públicos dos EUA, são oferecidos serviços de fertilização e acompanhamento da gravidez.²⁴⁰ Por toda a sua diversidade em matéria de PMA, os EUA são conhecidos mundialmente como um destino de turismo reprodutivo muito procurado e desejável, não somente para os portugueses, como para todo o resto do globo.²⁴¹

existe uma disposição acerca da cooperação dos partícipes § 16-406, D, nos procedimentos legais de reconhecimento da filiação dos pais intencionais), e a **Califórnia**, um dos Estados americanos mais procurados para o recurso às técnicas de PMA e para a realização de GS (California Code, Family Code, FAM Division 12-part-7, Section 7960 - Estado em que se especula que foi o escolhido pelo português Cristiano Ronaldo, suas leis não fazem distinção entre o sexo, orientação sexual e estado civil dos pais intencionais, podendo recorrer homens, mulheres, casais de homens, de mulheres, casais heterossexuais, casados ou não. Ademais os contratos são onerosos), permitem. Por fim, parte dos Estados silencia a respeito da gestação de substituição em sua legislação, porém alguns ainda possuem entendimentos jurisprudenciais, como é o caso de Massachussets (*Culliton v. Beth Israel Deaconess Med. Ctr. e Hodas v. Morin*).

²³⁷ Disponível em: <<https://www.cga.ct.gov/PS99/rpt%5Colr%5Chtm/99-R-0793.htm>> Acesso em 16 out. 2022.

²³⁸ De acordo com o professor Jorge Duarte Pinheiro, considerando que a solução varia de estado para estado, em dezembro de 2000 cerca de metade dos estados tinham legislação ou regra do precedente sobre o contrato de gestação por conta de outrem, destes metade permitia e a outra metade proibia. Alguns ainda acolhiam a validade desses contratos desde que gratuitos. (PINHEIRO, Jorge Duarte. *Mãe Portadora...Op.Cit.* P. 331).

²³⁹ Disponível em:

<<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=e4a82c2a-f7cc-b33e-ed68-47ba88c36d92&forceDialog=0>> Acesso em 16 out. 2022.

²⁴⁰ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.P. 108.

²⁴¹ O ator brasileiro Paulo Gustavo e seu marido Thales Bretas recorreram às técnicas de PMA nos EUA para gerarem através de GS seus dois filhos. Fora utilizadas duas gestantes de substituição cada uma utilizando o óvulo de uma mesma doadora inseminado com o sêmem de cada um dos beneficiários, um de Paulo e o outro de Thales. (Disponível em: <<https://ndmais.com.br/saude/entenda-como-funciona-a-barriga-de-aluguel-usada-por-paulo-gustavo-para-ser-pai/>> Acesso em 17 out. 2022).

No Brasil, ao contrário da LMPA em Portugal, não existe uma lei específica para regulamentar a procriação assistida, ficando a cargo das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que servem como orientação para a realização das técnicas de PMA no país, sendo a mais recente sobre o tema a Resolução do CFM, nº 2.320/2022, publicada em 20 de setembro de 2022.

A referida resolução determina em seu anexo, item “II – Pacientes das técnicas de reprodução assistida”, que todas as pessoas capazes que eventualmente tenham solicitado o procedimento de recurso a uma das técnicas de PMA, e cuja indicação não se afaste dos limites determinados na resolução, poderiam ser receptora das técnicas, e que seria possível a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina (situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) ovócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.²⁴²

Já em relação a GS a resolução determina no item “VII – Sobre a gestação de substituição (cessão temporária de útero)” que para que seja criada a situação identificada como gestação de substituição deve existir uma condição que impeça ou contraindique a gestação. Além disso, deve ser um procedimento sem caráter lucrativo ou comercial, e a gestante deve ter ao menos um filho vivo, bem como pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Caso não seja possível o cumprimento desta última disposição, deverá ser solicitada uma autorização ao Conselho Regional de Medicina (CRM) para a realização do procedimento.

De acordo com Guilherme Calmon a resolução permite o acesso de pessoas sozinhas às técnicas, tal como existe em favor de casais, havendo o tratamento do tema no âmbito da Lei nº 9263/96 em seu art. 3º. Para o autor, a permissão pode ser encarada de forma implícita, a partir da previsão de que qualquer mulher capaz poderia ter acesso às técnicas, desde a Resolução do CFM nº 1358/92.²⁴³

De fato, talvez não reste claro somente através do item II, que qualquer pessoa poderia recorrer às técnicas de PMA no Brasil, mas uma simples comparação entre a redação da resolução de 1992 e a atual, já demonstra que a mudança em suas disposições foi justamente para incluir os homens capazes também ao rol de beneficiários.

²⁴² Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a resolução reconhece, expressamente, a possibilidade da gestação compartilhada em uma união homoafetiva feminina, o que significa que “ainda que não haja infertilidade envolvida, é possível a realização desse tipo de gestação no Brasil, e que tal possibilidade “é a participação conjunta mais intensa que essas duas parceiras do mesmo sexo podem conseguir na reprodução humana até hoje. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Um ano histórico para o direito de família. *Editorial à Civilistica.com*. Rio de Janeiro, n. 2, ano 5. 2016. P. 4).

²⁴³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Novos modelos de entidades...Op. Cit.* P. 465.

O único ponto que não é devidamente esclarecido pela leitura da atual redação da resolução, é a respeito da utilização de homens sozinhos e casais de homens à GS, já que há a necessidade de existir uma “condição que impeça ou contraindique a gestação”, sem que seja possível determinar que o simples fato de ser homem – o que faz o indivíduo, a princípio, ser incapaz de gerar – seja considerado um “impedimento” válido para que eles possam utilizar a GS.²⁴⁴ O Código Civil brasileiro só possui uma única menção a PMA, em seu art. 1597, V, que dispõe sobre a presunção dos filhos concebidos na constância do casamento aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido autorização do marido. Já nas disposições sobre parentesco, o art. 1593, que determina que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou “outra origem”. Esse termo “outra origem” acaba recebendo uma interpretação abrangente, de modo que nele estão abarcadas também as situações de PMA heteróloga.

Passando a análise ao continente Europeu, importa traçar breves linhas sobre como a legislação espanhola trata os contratos de gestação de substituição, por considerar que se está diante de um país vizinho a Portugal, em que poderia ser mais fácil a viagem dos cidadãos portugueses para a realização de seu projeto parental. Também serão abordados o Reino Unido e a Grécia, que permitem a GS, mas com certas peculiaridades e o caso francês.

Na Espanha são nulos de pleno direito e a maternidade é determinada pelo parto, de acordo com o art. 10, nº 2, da Ley n. 14/2006. Porém, o nº 3 do referido artigo admite que o pai biológico possa reclamar a paternidade da criança. Assim como em Portugal, o art. 6, da lei determina que qualquer mulher com mais de dezoito anos, pode ser usuária ou receptora das técnicas de PMA, independente de seu estado civil e orientação sexual. Os homens, independente de seu estado civil e orientação sexual, também foram excluídos da utilização das técnicas no território Espanhol, sendo reduzidos somente a dar o consentimento quando a mulher beneficiária for casada.²⁴⁵

²⁴⁴ Neste cenário, o plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro proferiu, em 22 de setembro de 2016, no julgamento do Recurso Especial (RE) nº 898.060, uma das decisões mais revolucionárias já ocorridas no direito de família nacional. Entendeu a Suprema Corte, por maioria, que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. A decisão admitiu, a inexistência de prevalência da paternidade biológica em relação à socioafetiva bem como rompeu com o paradigma da biparentalidade por meio do reconhecimento da multiparentalidade no caso concreto”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Um ano histórico...*Op.Cit.* P.1).

²⁴⁵ No Direito espanhol os contratos de GS são vedados em razão do entendimento de que o corpo humano estaria fora do comercio e não poderia ser peça de um contrato, ferindo a ordem pública qualquer disposição em contrário. Contudo, mesmo contrário a lei, à moral e aos bons costumes não significa que não venha a ser realizado, mesmo sabendo que a filiação será determinada a princípio à mãe que dá a luz.

A princípio, a exclusão dos homens desacompanhados de uma mulher para a concretização de um projeto parental na Espanha, faz sentido na medida em que o país considera nulo os contratos de GS, embora, se discorde de tal determinação.²⁴⁶ Diferente do que ocorre em território português, que como observado, permite a GS, porém somente para as mulheres descritas no art. 8º, nº 2 da LPMA (sozinhas, pertencentes a um casal heterossexual ou homossexual casado ou unido de facto).

Ainda no contexto Europeu, o Reino Unido possui uma regulamentação que data de 1985 através do *Surrogacy Arrangements Act*. O referido diploma foi alterado pelo *Human Fertilisation and Embryology Act de 1990*²⁴⁷ (estando atualmente em vigor o de 2008, com suas atualizações, como a *Parental Order Regulation 2018*), regulando mais detalhadamente a PMA e a GS.

A *Human Fertilisation and Embryology Act*, após alteração em 2010, permitiu que casais homossexuais recorressem a chamada *parental order*²⁴⁸, desde que casados, unidos de facto ou unidos civilmente (§ 54 HFEA), já a *Parental Order Regulation 2018*, inseriu em 2019, § 54-A HFEA, que permitiu que pessoas sozinhas também pudessem fazê-lo.²⁴⁹

Sendo assim, na Inglaterra os homens, independente de seu estado civil e sua orientação sexual, assim como os casais de homens podem recorrer a uma técnica de PMA e se utilizar da GS para serem pais.

A única questão que merece ser pontuada, além do fato dos contratos de GS serem gratuitos, com exceção do pagamento de despesas referentes a execução do contrato, é que o bebê que vier a nascer é registrado em nome da gestante, até que os pais intencionais

(MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 537, Apud. Carcaba Fernandez, Maria. *Los problemas juridicos planteados por las nuevas tecnicas de procreacion humana*. Barcelona: J.M Bosch, 1995).

²⁴⁶ O mesmo ocorre na França, em que os contratos de GS são nulos, mas se reconhece que casais heterossexuais, mulheres independentes de seu estado civil e orientação sexual, e casais de mulheres podem recorrer à PMA (*Article L2141-2, Code de La santé publique*). O que também de certo modo, faz algum sentido, já que os homens desacompanhados de uma mulher, precisariam necessariamente recorrer a GS. De todo modo, escolheu-se falar do regime francês no item 3.1.3, por conta de suas especificidades.

²⁴⁷ Nas palavras de Francisco Manuel o referido dispositivo “institucionalizou a inseminação heteróloga admitindo, conseqüentemente, um corte em face da filiação natural” na lei britânica. (AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da... *Op.Cit.* P. 701)

²⁴⁸ Uma *parental order* ou ordem parental é um conjunto de ordens feitas por um tribunal sobre disposições parentais para uma criança. O tribunal pode fazer uma ordem parental com base em um acordo entre as partes (ordens de consentimento) ou após uma audiência ou julgamento. Quando uma ordem parental é feita, cada pessoa afetada pela ordem deve segui-la.

²⁴⁹ Caso de um homem inglês que após a mudança da lei que permitiu uma pessoa sozinha recorrer a uma *parental order*, conseguiu concretizar seu projeto parental através da PMA e da GS, e se tornou pai. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/noticia/2021/01/um-dos-primeiros-pais-solteiros-do-reino-unido-posa-com-filho-que-teve-por-meio-de-barriga-de-aluguel-e-doacao-de-ovulos.html>> Acesso em 19 out. 2022.

consigam a *parental order*, medida que permite transferência da parentalidade através do judiciário.²⁵⁰

Na União Europeia, o único país que permite a GS, além de Portugal, é a Grécia (até a data da elaboração do presente trabalho), possuindo uma legislação específica sobre o tema, como a Lei nº 3305/2005, estando também presente no Código Civil grego. Apesar de outros países legislarem a respeito da PMA, a GS acaba sendo um instituto que não é amplamente aceito, muito menos regulamentado. Ao contrário do Reino Unido, no regime grego, a autorização judicial deve ser fornecida antes da realização de qualquer técnica de PMA, e não é permitida a revogação do consentimento prestado pela gestante no início para a elaboração do contrato, que deve ser necessariamente gratuito.

Além disso, a Grécia não permite que homens, independente de seu estado civil e orientação sexual, ou casais de homens recorram as técnicas de PMA e nem a GS, tendo em vista o que determina o art. 1455 do Código Civil²⁵¹ grego a respeito dos beneficiários. Segundo o dispositivo legal, a PMA só é permitida apenas para tratar a incapacidade de ter filhos naturalmente ou para evitar a transmissão de uma doença grave à criança. Ou seja, excluem-se os casos de pessoas sozinhas e os casais homossexuais.

Apesar do art. 1458 do mesmo diploma legal tratar de “pessoas que pretendem ter um filho” sem esclarecer se homem, mulher ou um casal homossexual, o art. 1455, que inicia o tratamento sobre PMA no código, não abre margem para dúvidas quando dispõe que a PMA somente é permitida “para tratar a incapacidade de ter filhos naturalmente ou para evitar a transmissão de uma doença grave à criança”.

O art. 1458 do Código Civil grego dispõe sobre a GS, autorizando sua realização mediante autorização judicial concedida antes da transferência, desde que haja acordo escrito entre os partícipes, incluindo o marido da gestante, no caso dela ser casada (acredita-se que pela interpretação do artigo essa concordância também valha para o companheiro, caso a gestante seja unida de facto). A autorização judicial de que trata o

²⁵⁰ Segundo dispõe o ordenamento jurídico, assim como restou determinado na LPMA, a gestante não é obrigada a entregar a criança, apesar da existência de contrato prévio onde há a manifestação de vontade expressa de todas as partes envolvidas. Assim, para que haja a transferência da parentalidade para os beneficiários, ou aqui chamados pais intencionais, eles têm que requerer junto ao tribunal a *parental order*. Contudo, ela só poderá ser requerida entre seis semanas e seis meses do parto, que é o período em que a gestante pode desistir de realizar a entrega do bebê nascido.

²⁵¹ Art. 1455 do Código Civil grego, dispõe que “a reprodução humana medicamente assistida (inseminação artificial) é permitida apenas para tratar a incapacidade de ter filhos naturalmente ou para evitar a transmissão de uma doença grave à criança. Este atendimento é permitido até a idade da capacidade reprodutiva física do assistido. A reprodução humana pelo método da clonagem é proibida e a seleção do sexo da criança não é permitida, a menos que uma doença hereditária grave ligada ao sexo deva ser evitada”. Após as alterações realizadas pela Lei nº 3089/2002.

artigo é concedida do requerimento da mulher que pretende ter o filho, a partir da comprovação de que ela é clinicamente incapaz de gerar ou do risco de transmissão de doenças graves.

Apesar do art. 1463 do mesmo diploma grego, decretar que o parentesco da mãe é definido pelo nascimento e o do pai infere-se pelo casamento da mãe, da coabitação com o pai ou por reconhecimento, voluntário ou judicial, o artigo seguinte, art. 1464, afirma que nos casos de PMA, com a utilização do instituto da GS, presume-se a mãe a mulher a quem foi concedida a respectiva autorização judicial (anulando essa presunção nos casos explicitados pelo referido artigo). Em outras palavras, a autorização judicial prévia atribui automaticamente a maternidade, após o nascimento, à beneficiária, podendo o bebê ser registrado como filho dos beneficiários em sua certidão de nascimento.

Interessante é também o panorama francês a respeito da PMA e da gestação de substituição, que apesar de proibir essa última, não proíbe que os beneficiários franceses se desloquem para outros países a fim de realizar tal prática, com o posterior estabelecimento da filiação também em solo francês. Em razão de suas peculiaridades, falar-se-á de forma mais aprofundada da França no item 3.1.3, mas adianta-se que o *Code Civil*, dos art. 342-9 ao 342-13, destina-se a regulamentar os casos de PMA com recurso de material genético de um terceiro (doador). Pela interpretação do art. 342-10, que trata de “casais ou uma mulher solteira”, parece que os beneficiários de uma técnica de PMA com recurso de um doador, são somente os casais heterossexuais e os casais de mulheres, eis que impossível a realização de um projeto parental de um casal de homens sem a GS.

O art. 342-11, trata especificamente do estabelecimento da filiação quando a técnica de PMA possui como beneficiárias um casal de mulheres, em que a mãe será a mulher que deu à luz, mas mãe também será a outra mulher pelo reconhecimento conjunto dado a um notário, conforme determina o primeiro parágrafo do art. 342-10.

Optou-se por não tratar de outros países, até mesmo presentes em outros continentes, pois se escolheu trazer somente uma pequena explanação de países específicos, que mais possuem proximidade com Portugal, tanto territorial quanto nas relações em matéria de procriação.

Desse modo, como brilhantemente levantado por Maria Margarida Silva Pereira, o que resta saber, portanto, é se a GS, a qual vem sendo praticada desde as últimas décadas do século XX por meio da PMA, e é considerada ilícita na maioria dos Estados signatários da CEDH, deve fundar vida familiar e/ou obrigar um Estado ao estabelecimento da

filiação da criança, no momento em que o beneficiário, ou o casal de beneficiários, que recorreu ao procedimento num país em que ele é lícito, volte ao seu país de origem onde o procedimento é ilícito, e pretenda o estabelecimento da parentalidade desta criança.²⁵²

O problema maior, então, que se apresenta será o do reconhecimento da nacionalidade e da parentalidade em Portugal, das crianças nascidas a partir das técnicas vedadas em solo português. Antes de tratar da referida controvérsia, importa abordar como ocorre o estabelecimento da paternidade em Portugal.

3.1.2 O Estabelecimento da Paternidade em Portugal

Nenhum dos nascimentos atualmente escapam da jurisdição do Direito, a começar pelo estabelecimento da paternidade e da própria maternidade. A primeira indagação que deve ser feita pelo jurista (de qualquer nacionalidade) é a de naturalmente saber que disposições existem na respectiva legislação nacional, que podem responder ao dramático desafio causado pelo avanço da tecnologia e das ciências ao mundo do Direito, a respeito da parentalidade do indivíduo.²⁵³

O art. 1578º, dispõe sobre parentesco, sendo ele o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum. Já o título III, capítulo I, inaugura as disposições gerais a respeito do estabelecimento da filiação no CC português, através do art. 1796º.²⁵⁴

O mencionado artigo, conforme já investigado no item 1.3, trata no nº 1 do estabelecimento da filiação em relação à mãe, que resulta do fato do nascimento e estabelece-se nos termos do art. 1803º a 1825º. Já o nº2 do art. 1796º determina que presume-se a paternidade em relação ao marido da mãe (*pater is est*), e nos casos de filiação fora do casamento, através do reconhecimento.

Conforme declarado por Guilherme de Oliveira, “os conceitos de maternidade e de paternidade tiveram uma acepção pacífica desde sempre – a mãe é a mulher que dá à luz (*mater semper certa est*) e o pai é o marido da mãe ou o homem que reconhece o

²⁵² PEREIRA, Maria Margarida Silva. O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição (a propósito da decisão do tribunal pleno de 24 de janeiro de 2017, paradiso et campanelli c. italie, queixa nº 25358/12). *Revista Julgar n. 32*. p. 261/287, 2017. P. 263.

²⁵³ VARELA, Antunes. A inseminação Artificial e a... *Op.Cit.* P. 11.

²⁵⁴ O art. 1798º do CC trata do momento em que se determina a concepção do filho.

filho”. A partir desse cenário, esperava-se que a parentalidade jurídica coincidissem com a parentalidade biológica sendo o único caso (pelo menos a princípio) em que se dissociava a progenitura da parentalidade jurídica: o da adoção. Contudo, a prática da PMA veio suscitar um novo domínio em que, nos casos heterólogos, existe uma dissociação entre a progenitura e a parentalidade jurídica.²⁵⁵

Segundo Jorge Martins Ribeiro, o biologismo reforça a intenção de fazer coincidir o estado jurídico com os vínculos naturais, e considera a paternidade como um fenômeno biológico juridicamente relevante. Ele também encara a perfilhação como uma declaração da ciência, ou uma confissão, um simples meio de acesso à paternidade real.²⁵⁶

Para o autor, “o estabelecimento da filiação significa a judicialização do vínculo natural que, por si, é irrelevante”, e a filiação biológica carece sempre de ser convertida em um vínculo jurídico. Normalmente, a filiação jurídica coincide com a filiação biológica, mas esta coincidência não seria forçosa.²⁵⁷

Sendo assim, temos hoje como possibilidade de constituição de um vínculo filial em Portugal, a presunção relativa ao marido da mãe, o critério biológico e a filiação por manifestação de vontade, que se dá por perfilhação, na adoção, e nos casos de PMA heteróloga.²⁵⁸

O presente item se propõe a análise de cada um desses critérios, com o enfoque inicial dado as formas de estabelecimento da paternidade, já que nosso estudo possui como ponto central os homens, independente de seu estado civil e sua orientação sexual, e os casais de homens, sem que se deixe de realizar considerações a respeito do estabelecimento da maternidade.

Em relação a presunção de paternidade, o art. 1826º, nº1 do CC repete basicamente o que se estabelece como critério base, disposto no art. 1796, nº2. Ou seja, o filho

²⁵⁵ OLIVEIRA, Guilherme de. Direito Civil em face das Novas Técnicas de Investigação Genética. *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, INSS 1575-8427, p. 149-162. 2006. P. 157-159.

²⁵⁶ Apesar do que pontua o eminente autor, a respeito do que espera o biologismo acerca da perfilhação, acredita-se que muitas vezes a vontade manifestada na perfilhação não está ligada a laços biológicos entre as partes, mas sim, no simples fato de assim desejar aquele que a manifesta.

²⁵⁷ RIBEIRO, Jorge Martins. *O Direito do homem a rejeitar a paternidade de filhos nascidos contra a sua vontade: igualdade na decisão de procriar*, 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. P. 95.

²⁵⁸ De acordo com Antunes Varela, “a questão introdutória que logo aflora à consideração do jurista consiste naturalmente em saber se ao conceito legal de filiação aceite na ordem jurídica é ou não essencial a relação carnal entre homem e mulher, que precede “segundo os moldes da natureza ‘a formação ou concepção do embrião humano”. Caso isso seja verdade até a concepção homóloga sofreria impacto”. (VARELA, Antunes. *A inseminação Artificial e a... Op. Cit.* P.18) Com o máximo respeito ao pensamento do ilustre Autor, acredita-se que o conceito de filiação já não estaria vinculado ao necessário envolvimento sexual entre homem e mulher, desde que se tornou possível adotar em Portugal, em razão da ausência de necessidade do ato sexual entre as partes envolvidas para determinação do vínculo de filial.

concebido na constância do casamento tem, presumivelmente como o pai, o marido da mãe. Logo em seguida o CC trata do tempo e das possibilidades que devem ser consideradas para que essa presunção seja estabelecida ou cessada, através dos art. 1828º a 1832º. Já do art. 1838º ao art. 1846º dispõem sobre a possibilidade de impugnação da paternidade, tendo em vista que a presunção que se estabelece é relativa.

Após, o art. 1847º inicia a parte referente ao reconhecimento da paternidade, determinando que ela pode efetuar-se por perfilhação ou decisão judicial na ação de investigação. A perfilhação regulamenta-se a partir do art. 1849º ao art. 1863º do CC, seguida pela averiguação oficiosa da paternidade que se estabelece do art. 1864º ao art. 1873º, incluindo as disposições relativas ao reconhecimento judicial.

Com esse panorama inicial que o CC português fornece a respeito da filiação, pode-se identificar que, a princípio, o único estabelecimento de paternidade que vai observar o critério biológico é o reconhecimento judicial, pois conforme o art. 1801º do CC, são admitidos nas ações relativas à filiação os exames de sangue como meio de prova.²⁵⁹ Isso porque, a perfilhação, embora possa ser impugnada (art. 1859º do CC), não traduz necessariamente um vínculo biológico entre as partes envolvidas, o que não impede que ele ocorra. O art. 61º do CC também trata dos requisitos especiais da perfilhação e da adoção, em relação ao consentimento.

Sobre o critério biológico, evidência Rose Venceslau que, o teste de DNA é capaz de provar a origem genética, dado que muitas vezes conduz a paternidade, porém nem sempre a paternidade se encontra com a biologia.²⁶⁰ O que se pode extrair do fato de que tanto na presunção quanto na perfilhação, o legislador não se mostrou preocupado com o biologismo, como também não o faz em relação a adoção e a PMA heteróloga.²⁶¹ Nos três últimos casos, a paternidade origina-se por vontade, cada uma com seus procedimentos próprios.²⁶²

²⁵⁹ Nas palavras de Antunes Varela, a respeito do artigo, “prescrever que nas ações relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados, prestando assim, pelo menos aparentemente, preito de incondicional vassalagem às conclusões seguras do labor puramente científico e varrendo da crosta da norma toda a camada de sentido ético que intencionalmente a cobria”. (VARELA, Antunes. *A inseminação Artificial e a...* Op. Cit. 1993).

²⁶⁰ VENCESLAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 92-93.

²⁶¹ “A independência entre a linha jurídica e a biológica em matéria de paternidade deixa-se também surpreender pela abordagem inversa. São inúmeras as situações previstas em lei, nas quais a paternidade é atribuída a quem bem pode não ser o pai biológico ou a quem manifestamente não o é”. (VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400-418, maio. 1979. P.406).

²⁶² Segundo Andrea Pachá, “muito mais que um vínculo biológico, a paternidade é uma obra de construção cotidiana”, e as múltiplas formas de paternidade, e diversas manifestações de amor, quando conjugadas,

De acordo com João Cura Mariano, a importância da identidade biológica é fácil de alcançar, pois o conhecimento dos progenitores significa o conhecimento “do princípio da existência de cada indivíduo”, e corresponde ao interesse de todo o ser humano em saber de onde provém a sua vida, e quem o precedeu biológica e socialmente. Mas isso não impede que o legislador possa modelar o exercício desse direito em função de outros interesses ou valores tutelados.²⁶³

Em relação ao posicionamento do autor, defende-se que seja importante a possibilidade de se saber sobre a sua identidade biológica, mas muito mais a respeito da discussão acerca do conhecimento sobre a origem genética de cada indivíduo (no caso da adoção, art. 1990º- A do CC e art. 6º da Lei nº 143/2015) ou a respeito do anonimato do doador (no caso de PMA heteróloga), do que para que se construa um argumento baseado na biologia a fim de legitimar, ou privilegiar, vínculos filiais por ele fundados.

Em outra importante obra, Guilherme de Oliveira chama atenção para o fato de que em Portugal, sempre foi relativamente tolerada a “perfilhação de complacência”, apesar das amplas possibilidades de impugnação que a lei prevê. As hipóteses de constituição da paternidade com fundamento na vontade e na assunção de responsabilidades são conhecidas há muito tempo no direito português. O progresso da PMA, alinhado ao reconhecimento das uniões de facto e o casamento entre as pessoas do mesmo sexo, vieram somente ampliar as oportunidades para se “vir a pretender a construção de uma parentalidade cada vez mais desligada do ancestral vínculo biológico”.

Ainda segundo o Autor, a jurisprudência não respeita o princípio da taxatividade dos meios de estabelecimento da filiação, quando “passou para além das normas e legitimou o alargamento do critério da vontade associado à assunção da responsabilidade pelo cuidado da criança”; afinal, “pode ser pai ou mãe a pessoa que deseja, ama e cria uma criança, sem consideração de qualquer vínculo biológico”.²⁶⁴

Sobre o pensamento do autor, defende-se que o simples fato de serem aceitos critérios relacionados a vontade das partes para o estabelecimento da filiação não gera uma consequente violação do princípio da tipicidade, tendo em vista que tal critério

fortalecem uma sociedade mais democrática. (PACHÁ, Andréa. *A vida não é justa*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019. P. 88-89). Por outro lado, Guilherme de Oliveira acredita que “a filiação deveria ser uma roupagem de proteção para a criança. E não um mero ato de vontade”. (OLIVEIRA, Guilherme de. *Estabelecimento da Filiação*. Lisboa: Petrony, 2019.)

²⁶³ MARIANO, João Cura. O Direito de Família na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português: uma breve crónica. *Revista Julgar n. 21*. Coimbra Editora, p. 27/45, 2013. P. 37.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Guilherme. Critérios Jurídicos da Parentalidade... *Op.Cit.* P. 302-304.

sempre fora utilizado em matéria de adoção e na perfilhação, e, portanto, é lógico que ele também seja observado em matéria de PMA.

Este é, inclusive, o posicionamento de Maria Margarida Silva Pereira que afirma que “o direito não deve perder de vista que nem sempre há sincronia entre a realidade biológica e a sua expressão social”. O mundo da construção dogmática da filiação desvenda este problema, muito antes do tempo em que a procriação não se revelava da vontade. Segundo a autora, atualmente “acentuam-se as possibilidades distanciamento entre genética e o parentesco, na estrita medida em que este não prescinde de um reconhecimento social”.²⁶⁵

Em relação ao estabelecimento da maternidade, o CC dispõe em seu art. 1803º, nº1 que aquele que declara o nascimento deve, sempre que seja possível, identificar a mãe do registrando, a maternidade, então, será determinada conforme aquela indicada no registro (nº 2).

Na maioria dos casos, em que as mulheres dão à luz nas maternidades, elas recebem um registro (registro de nascido vivo), em que é apontado a mulher que pariu como a mãe. O art. 1807º do CC, estabelece a possibilidade de impugnação da maternidade, e assim como ocorre com a paternidade, é possível o estabelecimento através de averiguação oficiosa (art. 1808º a 1813º do CC), que culmine em um reconhecimento judicial de maternidade (art. 1814º a 1825º).

Sendo assim, de acordo com o referido diploma legal, a maternidade poderá ser estabelecida pela mulher que comprovadamente deu à luz (através da declaração que consta no registro de nascido vivo), através do reconhecimento judicial da maternidade, e através da declaração feita pela mãe, nos casos em que o registro de nascido vivo tiver sido feito a mais de um ano do nascimento do bebê, o que, entende-se que se assemelha a perfilhação, nos casos de estabelecimento da paternidade.

Após analisar a constituição do vínculo de maternidade e de paternidade previstas detalhadamente no CC, importa trazer à baila a adoção, outro modo de estabelecimento da parentalidade que leva em consideração a declaração de vontade, em detrimento dos vínculos biológicos.

Napoleão Bonaparte, quando da elaboração do Código Civil Francês, viveu as duas faces do problema da filiação. Primeiro, enquanto homem de Estado, dizia aos membros do comitê que elaboraram o código “não me falem sobre filiações marginais

²⁶⁵ PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da... Op.Cit.* P. 869 (rodapé).

(bastardos), o Estado não tem interesse senão sobre os filhos legítimos”. Depois ao sofrer os impactos diante da impossibilidade de exercer a paternidade, por causa da esterilidade de sua esposa Josephine, pediu que seus colaboradores encontrassem um meio de inserir no Código um capítulo sobre adoção. “Desse modo, a adoção acabou sendo introduzida no *Code*, contrariando os costumes franceses de então”.²⁶⁶

Acredita-se que a adoção, principalmente nos moldes atuais, rompeu barreiras importantes para fundar o que se tem hoje em matéria de filiação não biológica em Portugal. Apesar da existência do art.1796º nº2 ou 1826, nº1 do CC que sempre cunhou em suas entrelinhas o despreço pelo vínculo biológico.²⁶⁷

Nas palavras de Antunes Varela, adoção é um ato jurídico pelo qual se estabelece entre duas pessoas (adotante de um lado e adotado do outro), independente dos laços de sangue, uma relação de filiação.²⁶⁸

Para João Batista Villela, adoção é a “suprema expressão da autonomia paterna, que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar a quem a pode ouvir”.²⁶⁹

O art. 1576º do CC, ao tratar das fontes das relações jurídicas familiares, dispõe que são elas o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção²⁷⁰. Já o art.1586º, do mesmo diploma legal, conceitua a adoção como sendo um vínculo que à semelhança da filiação natural, independente dos laços sanguíneos, se estabelece entre duas pessoas²⁷¹. O texto constitucional também menciona a adoção em seu art. 36º, nº7, afirmando ser um instituto regulado e protegido nos termos da lei, que deve fornecer formas céleres para sua tramitação.²⁷²

²⁶⁶ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro” ...Op. Cit.* P. 84-85.

²⁶⁷ No Brasil, “dos critérios doutrinários sobre a filiação distingue: i) filiação legal (jurídica) relacionada à ficção jurídica criada na lei; ii) filiação biológica – vinculada à verdade biológica, e iii) filiação socioafetiva – atinente à verdade socioafetiva que prevalece, em determinados casos, sobre as duas anteriores, como na adoção”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Novos modelos de entidades...Op. Cit.* P. 458)

²⁶⁸ VARELA, Antunes. *Direito da... Op. Cit.* P. 106.

²⁶⁹ VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da... Op.Cit.* P. 416.

²⁷⁰ De acordo com Antunes Varela, “o art. 1576 inclui a adoção como ato jurídico, ao incluí-la entre as fontes das relações jurídico familiares”. (VARELA, Antunes. *Direito da... Op. Cit.* P. 107).

²⁷¹ Sobre o conceito do referido artigo, o ilustre professor Jorge Duarte Pinheiro, afirmou que a definição adotada pelo código, não abarcava todas as modalidades de adoção, já que na ocasião, ainda existia a diferenciação entre a adoção plena e a adoção restrita. Sendo essa última modalidade – já abolida na legislação portuguesa pela lei 143/2015 de 8 de setembro – aquela em que ocorria a atribuição do poder paternal ao adotante, conservando-se no restante a generalidade dos laços entre o adotado e sua família natural. (PINHEIRO, Jorge Duarte. *Estudos de direito da família e das crianças*. Lisboa: AAFDL Editora, 2015.P. 89-90). Desse modo, portanto, ela não poderia estar abarcada na definição do CC, em razão de não ter a pretensão de ser um vínculo à semelhança da filiação natural.

²⁷² Além disso é possível encontrar menção ao instituto da adoção Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei nº147/99 de 01 de setembro, em seus artigos: 11, 21, 35, 38-A, 62ª, 63, 65, 68, 88, 91, 104, 114) e na Convenção sobre o Direito das Crianças (Art. 21) e Convenção Europeia em Matéria de Adoção

O CC dedica seu título IV, capítulo I para a adoção, a partir do art. 1973º, que determina que o vínculo filial da adoção é estabelecido através de sentença judicial, até o art. 1991º.²⁷³ O nº 2 do art. 1973º, dispõe que a adoção é regulada em diploma próprio, sendo atualmente a Lei nº142/2015 de 08 de setembro, que trata do regime jurídico do processo de adoção, ao lado do CC português.²⁷⁴

Ainda em relação ao Código Civil, o art. 1978º trata da confiança com vista a futura adoção, nos casos específicos dispostos no nº1, e em suas alíneas, que é realizada pelo Tribunal, no âmbito de um processo de promoção e proteção do menor. Nesse caso, decretada a medida, ficam os pais inibidos do exercício das responsabilidades parentais, art. 1978º-A, do CC.

A adoção, então, gera uma enorme gama de efeitos pessoais e patrimoniais a partir do trânsito em julgado da sentença, que a decreta.²⁷⁵ Dentre tais efeitos, está o desligamento do vínculo parental com a família de origem e consequente estabelecimento de novo vínculo familiar com a família do adotante, uma vez que o adotado passará a integrar a família deste – a menos que seja a adoção por parte de um dos cônjuges ou companheiros, do filho do outro – caso em que será mantido o vínculo de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os seus respectivos parentes (art. 1986º do CC).²⁷⁶²⁷⁷

de Crianças (ratificada através do Decreto do Presidente da República nº7/90 de 20 de fevereiro, ambas em que Portugal foi signatário.

²⁷³ Tendo em vista a revogação dos artigos a respeito da adoção restrita (art. 1992º até art.2022º-D do CC)

²⁷⁴ Não serão tratados separadamente de todos os dispositivos da referida lei, eis que o estudo do instituto da adoção não é o objetivo central do presente trabalho, mas é cabível mencionar que ela trata sobre as adoções nacionais e internacionais, e sobre a tramitação do processo de adoção, que segundo o art.40º, possui a fase preparatória, a fase de ajustamento e a fase final, que abarca o processo judicial de adoção. A lei, então, descreve detalhadamente cada fase.

²⁷⁵ Nas palavras de Antunes Varela, “além de absoluta, embora não retroativa, a eficácia da adoção plena é definitiva. Ela não é revogável (nem pelo adotante ou pelo adotado, nem por acordo entre um e outro), ainda que se venha a revelar inconveniente para o adotado ou que entre os sujeitos da relação não venham a criar laços reais de afeto paternos”. (VARELA, Antunes. *Direito da... Op. Cit.* P. 40). São casos muito específicos que o CC determina como passíveis de revisão da sentença, estipulados no art. 1991º.

²⁷⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freita Dabus. *O Curso de Direito de Família*, 3ª Ed. (Revisada e Atualizada). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

²⁷⁷ Apesar de não ser objeto do nosso estudo, importa mencionar que próximo ao instituto da adoção está o apadrinhamento civil, regulado pela lei 103/2009 de 11 de setembro. Ele surgiu como alternativa ao fim da adoção restrita, e tem como justificativa para existir o superior interesse da criança, em que seria aparentemente mais interessante para o apadrinhado a aproximação de sua família biológica e a que o apadrinha, em conjunto. O instituto recebe muitas críticas sobre a viabilidade dessa convivência conjunta, e se de fato existiria um interesse do menor garantido, pois muitas vezes esse convívio entre duas famílias não acontece de forma harmônica. Além disso, o apadrinhamento é um meio termo da adoção, como era a adoção restrita, em que o(s) padrinho(s), acabam não sendo pais, mas possuindo certas responsabilidades com aquela criança.

Além disso, o consentimento na adoção é irrevogável (art. 1989º), sendo permitido somente a revisão da sentença, em casos muito específicos dispostos no art. 1990º e art. 1991º do CC. Em um comparativo entre a adoção e os outros tipos de constituição do vínculo de filiação no ordenamento jurídico português, há quem acredite²⁷⁸ (no imaginário português) que o modelo de adoção sugere que tal instituto é uma “imitação da filiação natural”, e por isso pode parecer como sendo secundário e subsidiário em relação à filiação biológica.²⁷⁹

De fato, em um primeiro momento, quando é conceituada a adoção no CC, e se faz referencia a filiação natural, a impressão que se extrai é que a legislação pretendia estabelecer a adoção como uma filiação subsidiária, como sendo uma segunda opção de quem pretende ter um filho.²⁸⁰

Na maioria das vezes, nos deparamos com pessoas que por alguma razão não conseguem ter filhos de modo natural, e por isso recorrem a técnicas de PMA ou à adoção²⁸¹, mas o ordenamento jurídico português como um todo, se articula para que os vínculos paterno-filiais, quando constituídos, independente de sua origem, sejam tratados do mesmo modo, gerando os mesmos efeitos e consequências aos filhos adotados, biológicos, e os oriundos da PMA heteróloga.

Desse modo, acredita-se que não se está diante de uma filiação subsidiária, mas tão somente um modo destinto de constituir o vínculo que produz os mesmos efeitos que qualquer outro. Guilherme Calmon afirma que tanto na adoção como na procriação humana artificial da fertilização heteróloga, “os vínculos de filiação não concordam com a verdade biológica”, mas, ao contrário, “se privilegiam da vontade procriacional”.²⁸²

²⁷⁸ Esse é justamente o pensamento de Francisco Manuel Aguilar, que afirma que “não se trata, por conseguinte, de um critério de determinação da filiação natural, mas antes de uma outra modalidade de filiação assente apenas no modelo volitivo e que é subsidiária face à filiação natural no sentido em que visa reproduzir em benefício do adoptando e do adoptante a relação natural de filiação”. E conclui que, a *ratio* da filiação adoptiva assenta, única e exclusivamente, no interesse prevalente do menor, pelo qual se configura necessariamente como subsidiária”. (AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da... *Op.Cit.* P. 666).

²⁷⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Estudos de direito...Op. Cit.* P.102.

²⁸⁰ Antunes Varela, ao falar sobre a questão de que a adoção assenta em uma ficção legal, pontua que não se está diante de uma filiação baseada em ficção, pois não tem um suporte biológico em sua raiz, mas nasce de uma realidade sociológica, psicológica e afetiva que merece em termos incontestáveis a tutela da lei, desde que não sacrifique os interesses superiores da família natural (daquela em que o adotante nasceu). (VARELA, Antunes. *Direito da... Op. Cit.* P. 107)

²⁸¹ Porém, embora sejam talvez a maioria, também existem casos em que é possível ter um filho por meios naturais, e que se opta pela PMA ou pela adoção, o que demonstra que tais institutos não podem ser encarados como subsidiários, nem em sua procura e principalmente para estabelecimento da filiação. Como p.e. o caso verdadeiro retratado no filme *Lion*, em que a mãe adotiva do personagem principal, adota duas crianças, porque assim deseja, e deixa evidente que não possuía nenhum tipo de problemas para engravidar de seu marido, pai adotivo.

²⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Novos modelos de entidades...Op. Cit.* P. 536.

Para o professor Carlos Pamplona Corte-Real, seria necessário demarcar nitidamente em termos funcionais a PMA e a adoção, como via de constituição de vínculos de filiação, pois trata-se de dois institutos distintos nos seus pressuposto e objetivos, apesar de serem cunhados pela ausência do critério biológico e pela primazia da vontade entre as partes.²⁸³

Assim, passa-se ao último modo de estabelecimento da parentalidade em Portugal, que é aquele em razão da utilização de técnicas PMA. Conforme verificado, o CC apresenta detalhadamente as hipóteses para o estabelecimento da paternidade e da maternidade, contudo, as novas tecnologias em matéria de procriação, acabaram por revolucionar o que se tinha estabelecido anteriormente e fez surgir novos regramentos, a partir do que o código civil português já determinava.

Por essa razão, defendeu-se anteriormente, que não houve violação do princípio da tipicidade das formas de filiação jurídica, mas foi incluído no rol de filiação, originada na manifestação de vontade (ao lado da declaração de maternidade, da perfilhação e da adoção), a parentalidade a partir do consentimento para a realização das técnicas de PMA.²⁸⁴

Conforme mencionado no capítulo 1, antes mesmo da promulgação da LPMA, o art. 1839º, nº3, do CC, já dispunha que se tratando de utilização de inseminação artificial, não é permitida a impugnação da paternidade pelo cônjuge que dela consentiu, sem especificar se na hipótese trata-se de inseminação de reprodução heteróloga ou homóloga.²⁸⁵

O referido artigo era o único preceito de que se retirava alusão à PMA heteróloga. Depois da promulgação da LPMA, o seu art. 20º passou a tratar do regime geral da PMA heteróloga no ordenamento português. O nº1 determina que no caso de utilização das técnicas que resultarem no nascimento de uma criança, ela será havida como filha da pessoa beneficiária e de quem tiver consentido na utilização do recurso em causa, sendo

²⁸³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação.... *Op.Cit.* P. 108.

²⁸⁴ Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, “temos, pois, que na nossa ordem jurídica a coincidência entre a filiação natural e a filiação jurídica não é mais regra absoluta”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e Bioética. Revista da Ordem...Op.Cit.* P. 454).

²⁸⁵ O primeiro Código Civil (1867) não continha referências à procriação medicamente assistida. Já a versão originária do atual código português (segundo código civil de Portugal, 1967), dispunha em seu art. 1799º que a fecundação artificial não poderia ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela nem para impugnar a paternidade presumida por lei. (PINHEIRO, Jorge Duarte. *Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal.* In. OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Textos de Direito da Família: Para Francisco Pereira Coelho.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p.347-366. 2016. P. 352, nota de rodapé).

essas pessoas casadas ou unidas de facto, com o estabelecimento da parentalidade no ato do registro.²⁸⁶

Não havendo o consentimento de ninguém além do beneficiário, a parentalidade é estabelecida somente em relação a este (nº 3). O art. 14º da LPMA trata dos requisitos relativos à manifestação do consentimento por parte dos beneficiários (e da gestante de substituição, como será visto a seguir).²⁸⁷

Conforme já verificado anteriormente, mas que importa reforçar, interessante é observar que ao contrário do estabelecimento da paternidade que leva em consideração a presunção em relação ao “marido da mãe”, a paternidade a partir das técnicas de PMA, inclui o consentimento de qualquer pessoa casada ou vivendo em união de fato com aquela que será submetida a técnica. Segundo a lógica da própria lei, pode-se estar diante de um pai e assim ser um vínculo de paternidade ou uma mulher, de modo que o vínculo será também de maternidade.

Desse modo, conseqüentemente não serão considerados vínculos de parentalidade nem com o doador de sêmen e nem com a doadora de óvulos, apesar da relação biológica com o bebê que vier a nascer (art. 21º e art. 10º, nº 2 ambos da LPMA).²⁸⁸²⁸⁹

O referido regramento, então, determina que mesmo nos casos em que é utilizado o sêmen do beneficiário, bastaria o seu consentimento para a utilização de seu material genético em uma das técnicas de PMA disponíveis, para que a sua paternidade seja estabelecida em relação a criança nascida (caso em que existiria correlação entre a filiação jurídica e a filiação biológica). Assim como nos casos em que também se utiliza o sêmen de um doador, o beneficiário ou pai intencional, que manifestou o consentimento para a

²⁸⁶ De acordo com Paula Martinho da Silva e Marta Costa “entender que o beneficiário poderia refutar a paternidade, apesar de ter dado o seu consentimento para o tratamento, seria nitidamente uma situação de abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*”. (SILVA, Paula Martinho da.; COSTA, Marta. *A Lei da Procriação...Op. Cit.* P. 111).

²⁸⁷ “Pode assim acontecer que o nascido em mulher casada por fecundação artificial heteróloga não tenha vínculo de filiação com o outro cônjuge. Mas isso acontece também em todos os casos em que há inseminação artificial de pessoa não casada. Famílias monoparentais”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e Bioética. Revista da Ordem...Op.Cit.* P.455)

²⁸⁸ Embora não seja objeto de nosso estudo, a inseminação post mortem também está regulamentada na LPMA em seu art. 22º e 22º-A, e o art. 23º da mesma lei, determina a paternidade do bebê que vier a nascer, até mesmo quando há o desrespeito e a violação do que está disposto nos artigos anteriores, a criança será havida como filha do falecido, sem prejuízos das devidas sanções dispostas na lei.

²⁸⁹ Contudo, importa observar que sempre que houver utilização de material genético de alguém que não venha a ser considerado pai ou mãe, a ela haverá que aplicar todas as regras estabelecidas no pressuposto duma derivação biológica, como relativas ao incesto ou aos impedimentos de casamento”, conforme muito bem pontuado por José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e Bioética. Revista da Ordem...Op.Cit.* P. 457)

realização da técnica, será considerado o pai. Do mesmo modo, será em relação a mãe, que ainda poderia contar com o regramento do art. 1796º, nº1, do CC, caso seja também a gestante.

Sobre os casos de utilização de material genético de doador (tanto para estabelecimento da paternidade ou da maternidade), o professor Jorge Duarte Pinheiro esclarece que a filiação entre a criança e o beneficiário que não contribui com as respectivas células reprodutoras corresponde a uma relação familiar inominada (pois não se enquadra na noção de parentesco do art. 1576º), que o professor classifica, “à falta de melhor expressão” como “filiação por PMA heteróloga”.

Ainda segundo o autor, o vínculo de filiação por PMA heteróloga define-se por exclusão de partes, pois não é nem biológica e nem adotiva. E afasta-se da filiação biológica, eis que ausentes os laços de sangue, e afasta-se da filiação adotiva por não ser constituída mediante sentença de adoção, apesar de também pressupor a vontade do beneficiário, como aquele que virá a assumir a posição juridicamente equivalente de progenitor.²⁹⁰²⁹¹

No mesmo sentido, em relação a maternidade, Mafalda de Sá afirma que “o consentimento que adquiriu valor próprio para a paternidade também terá de o assumir na maternidade”. Isso porque nos casos em que o pai não tem qualquer vínculo biológico com a criança e nos casos em que o vínculo biológico da mãe é apenas de natureza uterina devem ambos serem considerados pais sociais e jurídicos. “O que há de comum entre eles é a sua vontade de serem pais e o fazerem com o recurso à PMA heteróloga”. A autora ainda finaliza afirmando que nessa perspectiva concorda com Oliveira Ascensão quando ele afirma se estar diante de “uma nova forma de filiação”.²⁹²

A situação que merece um pouco mais de cuidado, é quando são utilizadas gestantes de substituição para a concretização do projeto parental dos beneficiários, beneficiárias ou beneficiária. O art. 8º da LPMA, que regulamenta a GS em Portugal, já fora contemplado no item 1.4 da presente dissertação, porém, apesar da pequena explanação antes realizada, importa investigar mais detalhadamente como são estabelecidos os vínculos filiais dos beneficiários que utilizam o referido instituto.

²⁹⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da Família...Op. Cit.* P. 195-196.

²⁹¹ No mesmo sentido José de Oliveira Ascensão afirma que “o consentimento deve dirigir-se ao vínculo de filiação e não apenas à prática da inseminação artificial”. Devendo ser observado que essa filiação não é igual às outras, é uma nova filiação, que exige um consentimento específico. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e Bioética. Revista da Ordem...Op.Cit.* P. 454).

²⁹² SÁ, Mafalda de. *O Estabelecimento da... Op.Cit.* P. 73.

O nº 4 do mencionado artigo determina que a gestante em nenhuma hipótese pode ser a doadora de qualquer ovócito usado no procedimento, de modo que ela não terá vínculo genético com a criança, somente vínculos relativos à gestação em si – anticorpos e qualquer outro elemento biológico que seja passado da gestante para o bebê.²⁹³ Já o nº 9º consagra que a criança que vier a nascer é tida como filha dos respectivos beneficiários (lembrando que é possível que um casal heterossexual e um casal de mulheres recorra à GS, desde que casados ou unidos de facto, assim como uma mulher sozinha, independente de seu estado civil e orientação sexual).²⁹⁴

No caso de utilização do instituto da GS, a pessoa de quem provem o óvulo para o projeto de maternidade (quando não se está diante de uma doadora) é a mãe, não obstante o feto não se ter desenvolvido no seu útero. Ademais, também será a mãe a beneficiária que não contribuiu com seu material genético, mas que houve contribuição por parte de seu companheiro(a) ou marido/esposa. Por sua vez, a paternidade é estabelecida do mesmo modo de quando não se utiliza a GS.

Malfada de Sá afirma que o critério clássico do parto não pode ser interpretado como um mero formalismo de facilidade de prova de maternidade, a princípio o que subjaz é a ideia de que, ocorrendo um parto, a mulher que dá à luz é “a mãe *in totum* biológica-genética da criança”, ligação que antes era julgada como imutável, mas que com o avançar das tecnologias em matéria de procriação veio desmentir tal premissa.

Depois, uma perspectiva assente num biologismo estrito conduziria a que também a doadora do óvulo poderia ser mãe, por conta do vínculo genético com a criança, porém, por fim, se o parto deixa de ter, nestes casos, o mesmo significado normativo, o consentimento que adquiriu valor próprio para o estabelecimento da paternidade também terá de ser assumido na maternidade.

Nas palavras da autora, “se compreende que a PMA heteróloga seja mais facilmente aceite no plano jurídico e que a sua licitude não imponha, como que por decorrência, a licitude da gestação de substituição, nem uma paridade de regime”.

A questão que ela, entretanto, aponta é que uma vez juridicamente legitimados e regulados ambos os casos, as diferenças entre os modos de procriação da PMA heteróloga

²⁹³ Bem como a influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal, art. 14º, nº 6 da LPMA)

²⁹⁴ Importa fazer referência ao art. 8º, nº 13 alínea h) que trata da necessidade de no contrato de GS serem trazidas as disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez, em conformidade com a lei em vigor (lei nº 16/2007, que alterou o art. 142º do Código Penal, alínea e), determinando não ser punível a interrupção da gravidez com o consentimento da mulher grávida quando for realizada, por opção desta, nas primeiras 10 semanas de gravidez).

e da GS em nada concorrem com o enquadramento dogmático do tipo de filiação em causa, que segundo ela “deverá ser harmonizado, sob pena de perante uma igual materialidade se invocarem fundamentações distintas”. E afirma que o que ambas as técnicas têm em comum é o fato de requererem a intervenção de um terceiro em seu projeto parental, que pela vida da procriação homologa ou por ato sexual não seria necessário. “É a intervenção deste terceiro que conduz à cisão dos conceitos de maternidade e de paternidade e que inutiliza as tentativas de nos mantermos fiéis a critérios biologistas”.

A autora, ainda, conclui que neste cenário a mãe pode ser vista exatamente na mesma veste em que se encontra o pai que não contribui com os seus genes, pois nos dois casos encaram somente o papel de progenitores sociais (caso em que a mãe é uma beneficiária que não contribui com o seu material genético, e que não é quem vai parir). “Dois pais sociais, assim como no caso de dois homens”. E para ela, se é dogmaticamente inequívoco que ao pai pode ser concedida paternidade jurídica com base exclusivamente no seu consentimento, ter-se-ia que admitir igual solução para a maternidade jurídica.²⁹⁵

Em outras palavras, seria somente mais um caso de maternidade e paternidade sociais que geram uma maternidade e paternidade jurídica, pois nunca houve ligação prévia além do critério biológico com os pais, como havia em princípio com as mães no convívio com o bebê no útero, de modo que retirada essa possibilidade de relação prévia, a partir da GS, se está diante de um vínculo muito parecido com o que sempre fora instituído para a paternidade nos casos de ausência de vínculo biológico.²⁹⁶

As contribuições fornecidas pela autora, em matéria de congruência entre os institutos mostra-se como um forte argumento para que se defenda a possibilidade de casais de homens e homens independente de seu estado civil e orientação sexual a recorrerem às técnicas de PMA e a GS, tendo seus vínculos de filiação reconhecidos, a partir de um cenário já existente dentro do ordenamento jurídico português e não a partir de critérios novos a serem aceitos. E mais, respeitando a tipicidade das possibilidades de atribuição da paternidade.

A grande problemática, porém, que se instaurou com a GS em Portugal veio da possibilidade de revogação do consentimento da gestante, através do Ac. nº 225/2018,

²⁹⁵ SÁ, Mafalda de. O Estabelecimento da Filiação na...*Op. Cit.* P. 73-74.

²⁹⁶ Vale lembrar que apesar dessa lógica defendida pela autora, o art. 8º, nº4 da LPMA não permite que seja gerada uma criança a partir da GS em que ela não tenha ligação biológica com pelo menos um dos pais beneficiários.

conforme anteriormente mencionado. A determinação do referido acórdão do Tribunal Constitucional, a respeito da revogação do consentimento da gestante, foi depois regulamentada pela Lei nº 90/2021, modificando nesses termos a LPMA.

De acordo com o art. 14º, nº 4 da LPMA, o consentimento dos beneficiários é livremente revogável até o início dos processos terapêuticos de PMA, porém de acordo com o nº 5 do mesmo artigo, o consentimento da gestante é livremente revogável até o momento do registro da criança nascida, conforme art. 8º, nº 10 do mesmo diploma legal.²⁹⁷

A partir desse cenário, surgem dúvidas a respeito de como seria estabelecida a maternidade das beneficiárias, em caso de revogação do consentimento da gestante. Conforme tratado no capítulo 1, há quem defenda que diante de possibilidade da revogação do consentimento pela gestante, a filiação em relação aos beneficiários não poderia ser automática, devendo ocorrer uma espécie de reconhecimento judicial.

Como bem pontua Maria Margarida Silva Pereira, a lei inglesa opta por esse caminho, fazendo depender a entrega da criança aos beneficiários um período de reflexão e impondo uma decisão judicial para que de fato se concretize o estabelecimento da parentalidade (como já visto, as chamadas “*parental orders*”).²⁹⁸

Já para Jorge Martins Ribeiro, a melhor solução seria as partes elaborarem um acordo de regulamentação das responsabilidades parentais no sentido pretendido por quem tinha intenção de criar o bebê, apresentando depois ao tribunal o acordo para ser homologado.²⁹⁹

De qualquer modo, parece confuso que a simples revogação do consentimento da gestante possa determinar a filiação a ela, sem nenhum tipo de tramite ou homologação judicial, caso haja o descumprimento do acordo celebrado entre as partes. Ademais, caso seja a gestante casada ou unida de facto, seu marido/ companheiro seria o pai? E caso não seja, o beneficiário, caso haja, poderá ser encarado como pai? Se tratando de duas mulheres, nenhuma delas poderá ser considerada mãe, nem mesmo a que fornecer o óvulo para a realização da técnica no útero da gestante?³⁰⁰

Sobre a situação do estabelecimento da parentalidade nos casos de revogação do consentimento da gestante, não se pode concluir enfaticamente a respeito de como, enfim,

²⁹⁷ Disposição em conformidade com o art. 8º, nº13, alínea j) que trata da necessidade do contrato de GS tratar dos termos de revogação do consentimento.

²⁹⁸ PEREIRA, Maria Margarida. Gerar uma Criança... *Op.Cit.* P.1597.

²⁹⁹ RIBEIRO, Jorge Martins. *O Direito do homem a...* *Op.Cit.* P. 138.

³⁰⁰ Os mesmos questionamentos também parecem pertinentes no caso de nulidade do contrato de GS.

ela deve ser estabelecida, não sendo este o objeto principal de nosso estudo, de modo que não se tem a pretensão de solucioná-lo. Afinal, confia-se totalmente nas palavras do professor Jorge Duarte Pinheiro, que afirma que se tratando de GS é preciso ter prudência e humildade, pois se está diante de um domínio em que é grande o risco de imprecisão e subjetividade.³⁰¹

De todo o modo, reconhece-se que caberá aos doutrinadores e juristas do Direito da Família português o enfrentamento de tais questões que eventualmente podem vir a ocorrer na prática – tendo em vista a recente regulamentação da possibilidade de revogação do consentimento da gestante.

Ademais, desde já afirma que não havendo a revogação, entende-se que a mãe será a beneficiária que contribuiu com o seu material em caso de recurso de uma mulher sozinha ao projeto parental. Caso ela esteja acompanhada de sua esposa ou companheira, será também mãe a que contribui e a que consentiu com a realização das técnicas.

No caso de um casal heterossexual, mãe será aquela que contribuiu com seu material genético, ou a esposa/companheira do homem que utilizou de sêmen para a concretização do projeto parental. No mais, o pai será determinado como anteriormente demonstrado, nas mesmas situações de utilização da PMA sem o recurso a GS.

Por fim, rechaçasse-se que nesses casos (em que não ocorre a revogação do consentimento) seja necessária uma autorização judicial ou processo judicial para concretização da parentalidade, de modo que se acredita que ela deve se operar de forma automática com a entrega da criança, por força dos dispositivos legais acima previstos.

Além disso, a sensibilidade que se impõe ao tema, não permite uma solução adequada caso seja realizada uma aplicação estrita e acríica das regras sobre a nulidade dos negócios jurídicos. Apesar da natureza contratual do instituto da GS, se está perante um contrato que deve estar sujeito a um regime próprio, em consonância com as especificidades e exigências do Direito da Família.³⁰²

Outrossim, imperioso ter-se em mente que qualquer que seja a problemática envolvendo situações de PMA e GS, deve-se ter como fundamento para sua solução suas particularidades e o superior interesse da criança, nem tanto importando a verdade biológica, mas “o conjunto de verdades que construíram e irão construir a personalidade

³⁰¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *A Necessidade... Op. Cit.* P. 214

³⁰² SÁ, Mafalda de. *O Estabelecimento da Filiação na...Op. Cit.* P. 78.

estática e principalmente a personalidade dinâmica da criança no transcurso de sua vida”.³⁰³ Essa deve ser a busca do legislador, dos julgadores e dos intérpretes do direito.

3.1.3 Proteção das Crianças nascidas a partir da PMA vedada

Consoante com o que foi examinado nos itens anteriores, foi possível identificar o grupo de indivíduos para quem é vedado recorrer às técnicas de PMA e à GS em Portugal. No presente item iremos tratar somente dos casais de homens ou qualquer homem, independentemente do estado civil e respectiva orientação sexual, excluindo-se, portanto, os casais heterossexuais não diagnosticados com infertilidade ou que não precisem utilizar o recurso para tratamento de doença ou risco de transmissão de doença de origem genética (art. 4º, nº 2 da LPMA), e no caso de GS, as mulheres que simplesmente não querem engravidar porque assim desejam, sem que sofram nenhuma patologia indicada no art. 8º, nº2 da LPMA.

Tendo por foco os homens sem a companhia de uma mulher, apesar da vedação em solo português, anteriormente foi possível identificar certos países ao redor do mundo em que a eles é permitida a utilização das referidas técnicas e da GS. Assim, cuida o presente item de verificar como ocorre a proteção e respectivo estabelecimento da paternidade em Portugal das crianças nascidas no exterior, a partir da PMA vedada no ordenamento português.

A respeito da LPMA, verificou-se que não há disposição nesse sentido na legislação, havendo somente uma ressalva introduzida pela Lei nº 90/2021, que dispõe sobre a aplicabilidade da lei somente aos cidadãos nacionais e estrangeiros com residência permanente em Portugal.

Além disso, tomando por base os países analisados no item anterior, verificou-se que é comum a lei dispor acerca da nacionalidade e/ou residência dos beneficiários, porém em outros países como o caso dos EUA, é possível que se conclua que as referidas disposições legais a respeito da PMA e da GS, também foram pensadas para utilização por de estrangeiros, ou se não foram, a eles não é vedada.

O Reino Unido não faz menção a nacionalidade dos pais intencionais, nem regulamenta os casos de recurso às técnicas fora do território nacional, mas estabelece

³⁰³ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de...Op.Cit.* P. 53

que os beneficiários devem ser, necessariamente, domiciliados no Reino Unido, ou nas Ilhas do Canal ou na Ilha de Man, tanto quando forem duas pessoas, ou quando for somente uma a se utilizar das técnicas, por força do § 54, (4), (b) e do § 54, (3) (b) da HFEA, respectivamente.³⁰⁴

Na Grécia a redação atualizada pela Lei 4272/2014, através de seu art. 17, alterou o art. 8 da Lei 3080/2002 a fim de determinar que os art. 1458 e 1464 do Código Civil grego só fossem aplicados nos casos em que o requerente ou a gestante tivessem a sua residência, ainda que temporária, no país. Em todo o caso, o país não seria uma opção para os beneficiários ora analisados, eis que a eles não é permitido o recurso à GS.

Já o caso francês é bastante interessante, pois a França regulamenta as leis de procriação pensando que seus nacionais podem recorrer a elas fora de seu país de origem. Escolheu-se tratar do panorama francês de modo mais aprofundado no presente item, justamente porque diferente dos demais, possui um regramento próprio e notável para quando há o recurso às técnicas de PMA por cidadãos franceses, fora do território nacional.

Apesar de considerar os acordos de GS nulos (art. 16-7 do *Code Civil*), a França passou a atender a possibilidade dos beneficiários franceses realizarem as técnicas de PMA e de GS fora do seu território, e depois eventualmente pleitearem o reconhecimento da nacionalidade e da filiação da criança. Durante muito tempo a França negava qualquer reconhecimento nesse sentido, mas capitaneada pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH), vem reconhecendo a filiação entre a criança nascida de um acordo de gestação de substituição em um país estrangeiro, desde que uma das partes envolvidas (beneficiários) contribua com o seu material genético. Inicialmente esse tipo de reconhecimento era negado pela *Cour de Cassation*, porém o entendimento do TEDH

³⁰⁴ No Brasil, p.e., apesar da permissão a utilização das técnicas de PMA e da GS, não são raros os problemas enfrentados por quem recorre a esses procedimentos no momento do registro do bebê gerado. No caso analisado no presente artigo do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), duas mulheres se utilizaram da técnica de PMA, ao que parece no Estado do Rio de Janeiro, e após o nascimento do filho, a maternidade carioca se recusou a prestar os devidos esclarecimentos para o prosseguimento do registro. (Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6128/Falta+de+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+ad%20equada+dificulta+que+casais+homoafetivos+registrem+filhos%2C+afirma+especialista%20+em+biodireito>) Acesso em 14 nov. 2022). Tal fato só evidencia que até mesmo nos países que permitem a PMA e a GS dentro de seu território nacional, os cidadãos na categoria de beneficiários podem encontrar percalços para completar o processo de estabelecimento do vínculo de filiação com o bebê. Acredita-se, portanto, que a situação se agravaria quando se estivesse diante de beneficiários que recorreram a técnicas fora do país de origem e que ainda sejam vedadas dentro de seu território nacional. Desse modo, a ausência de previsão legal e jurisprudencial nesse sentido acaba por gerar ainda mais transtornos àqueles que se encontram nessa situação.

era que a impossibilidade absoluta da criança obter o referido reconhecimento do vínculo filial afrontaria o art. 8º da CEDH.³⁰⁵

Maria Margarida Silva Pereira, ao apresentar algumas decisões nesse sentido entre 2014 e início de 2017, evidencia os casos *Mennesson c. France, Labassee c. France*³⁰⁶, ressaltando que o que os tribunais franceses haviam questionado fora a obrigação de proceder ao registo das crianças em França “e à correspondente menção de parentalidade, uma vez que esta não obedecia aos requisitos legais franceses, país onde o processo de gestação de substituição não é permitido”.³⁰⁷

De acordo com tal preceito está Rafael Vale e Reis, que defende que em uma situação em que a criança nasça no exterior por meio de um regime de gestação de substituição, e for concebida utilizando os gametas do pai beneficiário e de uma doadora, deve ser reconhecido na legislação nacional o direito da criança, por força do art. 8º da convenção, a possibilidade de reconhecimento da relação de parentesco com a mãe beneficiária, “designada na certidão de nascimento legalmente estabelecida no estrangeiro como mãe legal”.

Além disso, para o autor, o respeito do conceito determinado no artigo não exige que o reconhecimento seja através da inscrição de registo de nascimento, sendo válidos outros meios, como adoção da criança pela mãe beneficiária “desde que o procedimento estabelecido pela legislação nacional garanta que possa ser implementado pronta e

³⁰⁵ No mesmo sentido, Marsha Darling apresenta o caso *Oliari e outros v. Itália*, que evidencia os desafios que os casais do mesmo sexo continuam enfrentando para garantir o reconhecimento legal de seus laços familiares com as crianças nascidas por meio de acordos de gestação de substituição, em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Estrasburgo (ECTHR) decidiu que o Artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) (antiga Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais) se aplica a casais do mesmo sexo, tornando assim mais fácil para esses casais obterem o reconhecimento legal de seus direitos de paternidade, o que também permite sua capacidade de fornecer segurança física para as crianças”. (DARLING, Marsha Tyson. What about the children? Citizenship, nationality and the perils of statelessness. In. DAVIES MIRANDA (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, p.185-203. 2017. P.190).

³⁰⁶ Rafael Vale e Reis dispõe que “os casos dizem respeito a dois casais (o casal *Mennesson* e o casal *Labassee*) cujas mulheres eram inférteis. Pretendendo gerar um filho, deslocaram-se à Califórnia e ao Minnesota, respectivamente, a fim de recorrerem à gestação de substituição. Em ambos os casos, os embriões foram gerados com o recurso a ovócitos e espermatozoides dos casais beneficiários, seguidamente implantados no útero da gestante de substituição, que concordou entregar as crianças após o nascimento. Um tribunal californiano determinou, antes mesmo do nascimento, que os *Mennesson* fossem considerados o pai genético e a mãe legal, quando os filhos nascessem. A certidão de nascimento californiana mencionava, assim, como progenitores os membros do casal beneficiário, sem qualquer referência à gestante de substituição. Idêntica decisão foi proferida por um tribunal do Minnesota, no caso *Labassee*. Apresentado o certificado de nascimento pelos *Mennesson* em França, nos serviços de registo competentes, o Ministério Público promoveu a anulação do registo”. Para maiores detalhes do caso: REIS, Rafael Vale e. *Procriação Medicamente Assistida: Gestação de Substituição, Anonimato do Doador e Outros Problemas*, 1ª Ed. Coimbra: Gestlegal, 2022. P. 202-205.

³⁰⁷ PEREIRA, Maria Margarida Silva. O Conceito de Vida...*Op.Cit.* P. 264.

eficazmente, de acordo com o superior interesse da criança”.³⁰⁸ Na mesma linha, pode-se aplicar o entendimento do Autor no caso de dois pais beneficiários em que somente um deles pode contribuir com o seu material genético para o nascimento daquela criança.

De acordo com Jacob Dolinger, a opção que restaria aos franceses que desejam ter um filho através da prática da gestação de substituição, e que podem se dar ao luxo, seria a de recorrer a tal prática onde ela é admitida, “executando toda a operação de transferência no país estrangeiro”.³⁰⁹

O caso francês é bastante curioso na medida em que considera os contratos de GS nulos, porém a ausência de permissão da prática no território nacional não fecha os olhos para a globalização, e prevê, portanto, a regulamentação dos casos que ocorrem em outros países. Nesse panorama, acredita-se que a proteção da criança nascida é atingida, tendo em vista que a ela será garantido o reconhecimento de sua paternidade (dentro do próprio território francês) e de sua nacionalidade francesa.³¹⁰

Partindo do princípio de que a legislação portuguesa não possui regramento específico para esse tipo de situação como ocorre na França, torna-se fundamental esmiuçar a legislação sobre o tema, para que seja possível verificar como se daria a atribuição da filiação e da nacionalidade para as crianças nascidas a partir das técnicas vedadas em Portugal, realizadas fora do território luso, tendo como único foco os casos envolvendo beneficiários do sexo masculino.

Desse modo, portanto, excluídos também os casos de estrangeiros que vem realizar as técnicas em território português, o que a princípio lhes seria vedado, por não estarem preenchidos os requisitos da Lei nº 90/2021, art. 2º.

Antes de adentrar no item referente ao reconhecimento da filiação estabelecida no estrangeiro, importa reforçar que as aplicações desse reconhecimento, em todos os casos de recurso de beneficiários do sexo masculino às técnicas de PMA e de GS fora do território nacional, levou em consideração a necessária utilização do material genético de pelo menos um dos beneficiários, ou seja, um dos pais (no caso de pai solo, somente dele).

³⁰⁸ REIS, Rafael Vale e. Gestação de Substituição: Soluções Portuguesas numa perspectiva transnacional. In. ANTUNES, Maria João; LOPES, Dulce (Coord.) *Gestação de substituição: perspectivas internacionais*. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, abr. 2021. P. 7-8 (nota de rodapé)

³⁰⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado* (Parte Especial): Direito Civil Internacional, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.40.

³¹⁰ O art. 18 do *Code Civil* dispõe que é francesa a criança quando pelo menos um dos pais é francês. E o art. 20-1 do mesmo diploma legal garante que a filiação da criança só tem efeito sobre a nacionalidade se for estabelecido durante a menoridade.

Isso porque, acredita-se que a motivação para que um homem (ou qualquer outra pessoa) busque a técnica de PMA, e consequentemente a GS, em outro país para a realização de seu projeto parental, perpassa por um interesse de um vínculo genético com aquele bebê que vier a nascer. Eis que, de outro modo, o instituto da adoção seria um meio igualmente eficaz de permitir aquele homem ou a um casal de homens a possibilidade de um filho.

Sobre isso, interessante é a posição defendida por Diana Sofia Araújo Coutinho que dispõe que a adoção será a opção mais adequada para aqueles casais que não podem ter filhos nem utilizar os seus gametas, pois não nos parece razoável o recurso à GS apenas para realizar o desejo de ter um filho (para acompanhar a sua concepção, gravidez, parto) se não existir um laço genético com a criança. Nesse caso, a GS representa “a realização de um desejo caprichoso dos beneficiários que querem, a todo o custo, ter um recém-nascido, mesmo que não exista ligação genética”.³¹¹

Em todo o caso, é provável que aconteçam casos em que o recurso de PMA e GS sejam utilizados por qualquer categoria de beneficiários fora do território português, sem que a criança que vier a nascer tenha qualquer vínculo genético com os pais, muitas vezes pelo desejo de um recém-nascido, que como anteriormente mencionado, é mais difícil estar disponível para adoção, ou por qualquer outro motivo (casos em que ambos do casal não são capazes de produzir material genético). Porém, o reconhecimento desses casos não será explorado no presente item, por acreditar que tratando-se de homens ou casais de homens haveria uma ausência de elementos que permitam o estabelecimento da filiação, de acordo com as normas previstas na legislação portuguesa, a não ser pela adoção, instituto que será tratado no item 3.2 da presente dissertação.

3.1.3.1 Reconhecimento da filiação estabelecida no estrangeiro

Assim como o casamento, a filiação está integrada no estado da pessoa física, que é regido pela lei da nacionalidade do domicílio ou da residência habitual, conforme

³¹¹ COUTINHO, Diana Sofia A. *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestão de Substituição*. Available from: VitalSource Bookshelf, Grupo Almedina (Portugal), 2022. P. 552.

determinem as regras de direito internacional privado de cada país ou das convenções internacionais.³¹²

Em Portugal, o nascimento e a filiação são atos que devem ser obrigatoriamente registrados, de acordo com o art. 1º, nº1, alínea a) e b) do Código do Registro Civil (CRC). Segundo o art. 96º, nº1 do mesmo diploma legal, o nascimento ocorrido dentro do território português deve ser declarado verbalmente dentro dos 20 (vinte) dias imediatos em qualquer Conservatória do Registro Civil, ou nas unidades de saúde em que seja possível declarar o nascimento.

Nos casos do recurso à PMA e à GS em um país estrangeiro, o primeiro aspecto a ser observado é como se dá o procedimento de atribuição da nacionalidade e da filiação àquela criança naquele país, pois a realização do reconhecimento do registro pode ser através da transcrição do assento de nascimento para Portugal ou por decisão judicial, a depender do modelo adotado pelo país escolhido pelos beneficiários.

Os dois principais grupos de modalidade são a transferência judicial e a transferência legal. Dos países analisados nos itens anteriores, relativamente aqueles em que é possível, não somente o recurso à PMA, mas também à GS, tem-se os EUA, a depender dos seus estados para atribuir-lhe uma classificação, e o Reino Unido como exemplo de países que adotam o modelo da transferência judicial, e Grécia³¹³ e Brasil como os países que adotam o modelo da transferência legal, assim como Portugal.³¹⁴

De acordo com Anabela Gonçalves, 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”, pois não há a necessidade de intervenção judicial. Verificando-se até mesmo uma exceção ao princípio geral do direito da filiação português *mater semper certa est*.³¹⁵

Os países que adotam o modelo da transferência legal, determinam que a filiação da criança transfere-se aos beneficiários imediatamente após o parto, sendo a criança registrada já em nome dos beneficiários, a partir da declaração de ambos. A menos que

³¹² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional...Op.Cit.* P. 1.

³¹³ Na Grécia o contrato de GS quando elaborado é homologado pelo tribunal, sendo fixados por ele os efeitos constitutivos da filiação relativamente aos pais intencionais. De todo modo, quando do nascimento da criança, a filiação transfere-se automaticamente aos beneficiários e por isso, entende-se como sendo um país que adota o modelo da transferência legal, apesar do acordo ter passado pela aprovação e homologação do tribunal.

³¹⁴ França e Espanha que são os outros países analisados não permitem a GS, e, portanto, não podem servir de referencial para a categoria de beneficiários que estamos analisando, pois não são passíveis de recebê-los para um projeto parental.

³¹⁵ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O reconhecimento da Filiação constituída no estrangeiro. In. AA.VV. *Temas de Direito e Bioética: Novas questões do Direito da Saúde*, v. 1, p. 7-32. 2018. P. 12.

ocorra a hipótese do arrependimento da gestante (nos países que a preveem), os beneficiários serão considerados pais e aptos a registrar essa criança como sua filha logo em seguida ao seu nascimento.³¹⁶

Nos casos de crianças nascidas fora do território português, em países que também adotam esse modelo, os beneficiários assim que chegarem a Portugal devem proceder com a transcrição do ato de registro, a fim de serem considerados pais também no país. No referido caso, não se pretende aplicar as leis nacionais do país onde fora realizado o procedimento de PMA com a utilização da GS, mas tão somente, o reconhecimento de uma situação que foi estabelecida em um país estrangeiro, observadas leis estrangeiras, em Portugal.

Para isso utiliza-se o regramento do art. 6º, nº1 do CRC, disposição que, circunscreve o problema à determinação da exceção de ordem pública internacional e seus efeitos³¹⁷, a fim de que os pais beneficiários ao retornarem para Portugal obtenham o reconhecimento do ato de registro civil lavrado no estrangeiro. O mencionado artigo determina que os atos de registo lavrados em outro país podem ingressar no registo civil nacional, “mediante a prova de que não contrariam os princípios fundamentais da *ordem pública internacional* do Estado Português.”

Já os países que adotam o modelo da transferência judicial, logo após o parto, a gestante é considerada a mãe da criança nascida, porém no país estrangeiro os beneficiários podem requerer junto ao tribunal local uma *parental order*, assim como os nacionais desses países fazem. Os beneficiários nesse caso só serão considerados pais, em caso de uma decisão judicial favorável, em que haja a transferência da parentalidade da criança da gestante para os beneficiários.

Já para o reconhecimento em Portugal quando os recursos são utilizados em países que adotam o modelo da transferência judicial, o ordenamento jurídico português deve reconhecer a sentença estrangeira e os seus efeitos, operando-se o reconhecimento da decisão no país luso.

Para o reconhecimento de sentença estrangeira devem ser observadas as previsões dos arts. 978º a 985º do Código de Processo Civil (CPC) português. O nº1 do art. 978º do

³¹⁶ De acordo com Anabela Gonçalves “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”. (GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O reconhecimento da ...*Op.Cit.* P. 8)

³¹⁷ SILVA, Nuno Ascensão. A maternidade de substituição e o direito internacional privado português. *Cadernos do Cenor: Centro de estudos notariais e registrais*. Coimbra: Coimbra editora, n. 3, p. 09-73. 2014. P. 56.

CPC determina que “nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por um tribunal estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada”.

Já o art. 980º do mesmo diploma legal apresenta os requisitos para que essa sentença estrangeira seja confirmada em Portugal. Chama a atenção as alíneas c) e f). A primeira alínea trata de competência do tribunal estrangeiro que não tenha sido determinada por fraude à lei e que não aborde matéria exclusiva de competência dos tribunais portugueses.

Sobre esse ponto, de acordo com Jacob Dolinger, “dentro da sistemática do direito internacional privado não há como deixar de reconhecer a filiação de crianças validamente registradas como filhos em outro país”, em que o processo percorrido foi efetuado na conformidade da legislação local. O que seria, em suas palavras, um caso típico de direitos adquiridos, apesar de para ele ser sempre possível invocar contra a regularidade desta operação a teoria da fraude à lei no direito internacional privado.³¹⁸

No caso do reconhecimento das sentenças de concessão de *parental orders*, acredita-se não estar diante de uma competência estrangeira ocasionada por fraude à lei, mas simplesmente porque o fato ocorreu no exterior, e por isso, recai sobre a sua jurisdição. Do mesmo modo, entende-se que não se está diante de uma competência exclusiva dos tribunais portugueses também pelo fato ter ocorrido fora do território nacional, e, portanto, fora da competência portuguesa.

A alínea f) dispõe que um dos requisitos para o reconhecimento da sentença estrangeira é que o resultado do seu reconhecimento não seja “manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português”. Assim, ao que parece, nos países que adotam qualquer um dos modelos de transferência apresentados (judicial e legal) sempre que os beneficiários precisarem reconhecer a filiação determinada no país estrangeiro em Portugal, terão que afastar a incompatibilidade desse registro com os princípios da ordem pública internacional portuguesa.

Antes de adentrar no conceito de ordem pública internacional, seus princípios e se de fato existe alguma incompatibilidade da utilização da PMA e da GS por portugueses em países estrangeiros, com a ordem pública, importa mencionar que no caso favorável de reconhecimento de sentença estrangeira, ela será registrada através de um averbamento

³¹⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional...Op.Cit.* P. 40.

aos assentos a que dizem respeito, de acordo com o art. 7º, nº1 do CRP, e do mesmo modo ocorre no caso de estrangeiros, de acordo com o nº2 do mesmo artigo.

Em outras palavras, independente de se encarar a nacionalidade daquela criança como portuguesa ou estrangeira, antes do reconhecimento da sua filiação de pais portugueses, o reconhecimento da sentença e concessão da *parental order* se dá do mesmo modo, de acordo com o referido artigo.

Ainda em relação a nacionalidade da criança, independente do modo como vai ocorrer o reconhecimento da filiação em território nacional, a partir do momento em que seu nascimento estiver inscrito no registro civil português ela será considerada um português de origem, de acordo com o que determina o art. 1º, c) da Lei de Nacionalidade, Lei nº 37/81.³¹⁹

3.1.3.2 Reserva de Ordem Pública Internacional do Estado português

O art. 22º, do CC português define ordem pública. Segundo o seu nº1, não serão aplicados os preceitos da lei estrangeira pela norma de conflito, quando envolver nesta aplicação ofensa a princípios fundamentais da ordem pública internacional portuguesa. O nº 2, ainda expõe que nesses casos serão aplicadas as normas estrangeiras mais apropriadas e competentes, ou subsidiariamente as regras do direito português.

Conforme anteriormente observado, em qualquer uma das duas situações de reconhecimento da filiação atribuída no estrangeiro, seja através do ato de registro civil lavrado no estrangeiro, seja por reconhecimento de uma decisão judicial estrangeira, a reserva de ordem pública internacional do Estado português pode impedir o

³¹⁹ Ademais, importa mencionar que nos casos de crianças nascidas no estrangeiro com a utilização de pelo menos um dos gametas de pessoa estrangeira, que vier a reclamar em solo português o reconhecimento do vínculo de filiação, devem ser observadas as orientações de Dário Moura Vicente, que afirma que, nesses casos, a questão inicial não será o de reconhecimento, “mas antes de conflitos de leis no espaço”, em que o tribunal português não irá determinar quais os efeitos em Portugal de uma situação jurídica constituída por um ato público no estrangeiro, mas qual a lei aplicável a uma situação controvertida em território nacional. (VICENTE, Dário Moura. Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional. In. AA.VV. *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito Internacional e Direito da União Europeia, Direito Internacional Privado e Direito Marítimo, Direito Financeiro e Direito Fiscal*, v. V. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 606-626. 2012. P. 609). Para isso, se aplicam as chamadas normas de conflito, dispostas no CC português no art. 17º, 18º e 31º, além de do art. 49º ao 61º do CC, específicas para regular internamente situações transnacionais mediante normas de outros ordenamentos, importando soluções e sujeitando-se a fontes extra estatais. Nas palavras do professor Jorge Duarte Pinheiro, tal fato “constituí um exemplo clássico de superação de fronteiras de um Estado”. (PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito da Família sem fronteiras. In. FAZENDA, Maria Helena. (Dir.). *O Direito Internacional da Família*, tomo I. Centro de Estudos Judiciários, p. 50-58.2014. P. 50).

reconhecimento dessa filiação constituída fora do território nacional em resultado de uma técnica de PMA com utilização da GS.

Nesse sentido Dário Moura Vicente, afirma que a reserva de ordem pública internacional é “um limite à aplicação do direito estrangeiro em princípio competente, bem como ao reconhecimento de sentenças estrangeiras e à transcrição de atos do registro civil lavrados no estrangeiro”, e ela opera quando esses atos resultam em uma situação incompatível “com as concepções ético-jurídicas ou os princípios jurídicos fundamentais do Estado do foro”.³²⁰

Luís de Lima Pinheiro, dispõe que a doutrina distingue a ordem pública “interna” (de Direito material), que compreende todas as regras e princípios imperativos do direito português, e a ordem pública internacional, que protege apenas um núcleo muito restrito dessas regras e princípios.³²¹³²²

Segundo Anabela Gonçalves, “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”, restando a intervenção desse instituto a depender das considerações materiais daquele Estado.³²³

A autora, reconhece que ao tratar do conceito de ordem pública internacional deve-se recorrer a uma das suas características principais, a imprecisão. O instituto apresenta um conceito indeterminado, o que não permite definir o seu conteúdo de modo concreto. Assim, o conteúdo da reserva de ordem pública internacional deverá ser definido através do caso concreto, por quem o julgar, tendo somente como parâmetros as concepções ético jurídicas do Estado do foro, no momento de apreciação da questão.

A reserva de ordem pública internacional “tem ainda uma intervenção excepcional”, em que “os princípios e os valores gerais do Direito Internacional Privado recomendam a redução da sua intervenção a situações extraordinárias”. A reserva de ordem pública internacional seria, portanto, uma espécie de última garantia da ordem

³²⁰ VICENTE, Dário Moura. Maternidade de Substituição e... *Op.Cit.* P. 617.

³²¹ PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Internacional Privado (artigos 14º A 24º do Código Civil). In. CORDEIRO, António Menezes (Coord). Código Civil: Livro do cinquentenário II. Coimbra: Almedina, p. 245-272. 2019. P. 264.

³²² A reserva de ordem pública internacional “não se confunde com a chamada ordem pública interna, que é o conjunto das normas imperativas do estado do foro, conceito que tem um alcance muito mais vasto do que aquele, pois abrange não apenas normas que exprimem princípios fundamentais de direito, mas também quaisquer outras que sejam inderrogáveis por efeito da vontade dos interessados”. (VICENTE, Dário Moura. Maternidade de Substituição e... *Op.Cit.* P. 618).

³²³ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O reconhecimento da ...*Op.Cit.* P.25-26.

jurídica do foro na regulamentação das situações plurilocalizadas, sendo encarada como o cerne de uma determinada ordem jurídica.³²⁴

A reserva de ordem pública opera como “um limite à aplicação da lei estrangeira competente segundo as regras de conflitos do estado do foro ou ao reconhecimento de atos públicos estrangeiros”. Ela é “a expressão da ideia de direito que informa o ordenamento jurídico do Estado do foro, os seus princípios fundamentais”, de internacional a reserva de ordem pública tem pouco.³²⁵

A questão em causa, é a incompatibilidade concreta da aplicação do direito estrangeiro ou reconhecimento da sentença ou ato publico estrangeiro, e não simplesmente qualquer juízo de não adequação ou incorreção das soluções jurídicas de uma lei estrangeira. Outro ponto bastante importante a ser observado, é que deve se considerar que as situações constituídas no estrangeiro já produziram efeitos nesses países, havendo a preocupação das partes envolvidas na continuidade dos direitos adquiridos e a manutenção dos efeitos já produzidos.³²⁶

De acordo com Nuno Ascensão Silva, mesmo nas situações mais gravosas, em que não se admita o reconhecimento da filiação, nunca se poderia deixar que a criança ficasse destituída de tutela e “entregue à sua sorte”, de modo que alguma tutela deveria ser estabelecida no limite de efeitos constitutivos de um estatuto jurídico adequado a assegurar a sua proteção. Assim, uma vez estabelecida de fato a filiação e autorizada a presença da criança no Estado-receptor, encontrar-se-iam assegurados os direitos da criança à luz do art. 8º da CEDH.³²⁷

Segundo Jacob Dolinger, a negativa deve vir dos países que permitem tal prática, a depender de quem está recorrendo. No caso de uma hipótese transacional em que a inseminação artificial tenha sido executada em um país que a admita, e realizada em pessoa (“seja por força de sua nacionalidade, seja devido a seu domicílio, ou residência habitual”) regida por leis que não admitem essa intervenção, sendo eventualmente negada a essa criança a filiação em relação aos beneficiários ou beneficiário, se estaria diante de uma questão que afeta a ordem pública de outra jurisdição, e, portando, para Jacob, tal fato “deveria levar as autoridades do país que admite a inseminação artificial nestes casos, a recusá-la a pessoas regidas por outro sistema jurídico”.³²⁸

³²⁴ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O reconhecimento da ...*Op.Cit.*. P.26.

³²⁵ VICENTE, Dário Moura. Maternidade de Substituição e... *Op.Cit.* P. 618.

³²⁶ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O reconhecimento da ...*Op.Cit.* P. 27-28.

³²⁷ SILVA, Nuno Ascensão. A maternidade de...*Op. Cit.* P. 55.

³²⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional...**Op.Cit.* P. 35-36.

Para Dário Moura Vicente, “a circunstância de já ter se constituído, em país estrangeiro, uma situação jurídica e de se terem formado com base nela certas expectativas justifica que a ordem pública internacional apenas intervenha, quando assim suceda nas hipóteses mais graves”. Por parecer inequívoco que a recusa desses efeitos em território nacional teria consequências muito mais gravosas do que a sua permissão.

Ademais, em razão da recusa, alguém que é tido como filho de outrem no estrangeiro teria negada sua condição em território português, e aqueles tidos como seus pais no estrangeiro, teriam aqui negados o poder paternal.

Segundo o autor, caso pare qualquer dúvida a respeito do reconhecimento da filiação, deve-se primeiro reconhecer a filiação constituída, ainda que ela não permanecesse estabelecida em definitivo, de modo que a filiação poderia ser impugnada perante os tribunais judiciais e por iniciativa do Ministério Público (MP). Em todo caso, seria manifesto que os inconvenientes dessa situação de indefinição para a criança funcionariam como uma espécie de sanção a ela aplicada, por uma suposta infração por ela não praticada.³²⁹

Por outro lado, não se pode afastar que a reserva de ordem pública internacional não foi constituída para ser aplicável às situações em que os nacionais portugueses pretendem burlar a lei nacional através de recorrerem no exterior a lei mais permissiva.

No caso de utilização pelos homens, independente do seu estado civil e orientação sexual, à PMA e à GS, por todos os pontos expostos na presente pesquisa, principalmente aqueles dispostos no capítulo 2, constatou-se a ausência de incompatibilidade desse recurso com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico português como um todo, de modo que a partir desse parâmetro não parece haver afronta ao âmago da ordem pública internacional portuguesa.

De todo modo, deve-se observar que o recurso à PMA e a GS por esses homens em países em que as técnicas são aplicadas do mesmo modo que no território português (p.e. contratos gratuitos) facilitaria a constatação do entendimento de não haver violação da ordem pública portuguesa. Ocorre que, muitas vezes os países escolhidos pelos beneficiários não seguem todos os protocolos determinados pela lei nacional, e nesses casos a possibilidade de ocorrência de violação da ordem pública se torna muito mais complexa.

³²⁹ VICENTE, Dário Moura. Maternidade de Substituição e... *Op.Cit.* P. 619-621.

O art. 280º, nº1 do CC determina que são nulos os negócios jurídicos contrários a lei, bem como o nº 2 dispõe que também é nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública e ofensivo aos bons costumes. Ora, avaliados os contratos onerosos de GS, que são considerados nulos e provavelmente interpretados como ofensivos aos bons costumes e à ordem pública portuguesa, é possível determinar com certo grau de certeza que o reconhecimento da filiação a partir da utilização de GS celebrada através de um contrato oneroso será negado por violação da ordem pública?

Para responder a essa questão, perfilha-se o entendimento de Anabela Gonçalves, que afirma que “deve existir uma avaliação casuística da situação, porque a reserva de ordem pública tem como característica a imprecisão ou indeterminabilidade”. Assim, deve-se examinar as circunstâncias do caso concreto, para que seja possível analisar se o resultado do reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro viola ou não a de ordem pública do Estado português”.³³⁰

Em contrapartida, não se pode negar que a ausência de reconhecimento de bebês nascidos no estrangeiro a partir das técnicas vedadas em Portugal, terá consequências graves a essas crianças, que permaneceram em um estado de incerteza e indefinição jurídica. Com a negativa de direitos básicos como a aquisição da nacionalidade, direitos sucessórios, alimentos, o que não deixa de ser uma violação ao superior interesse da criança.

A partir do cenário de incertezas apresentado, resta investigar se permitir o acesso na LPMA seria uma possível solução, pelo menos em relação aos beneficiários do sexo masculino, sem a companhia de uma mulher, para evitar que essas pessoas recorram à técnica no estrangeiro, e, desse modo, garantir um controle interno dos recursos a PMA e a GS por esses homens, a partir das normas já estabelecidas a respeito na própria lei portuguesa de procriação.

Antes, no entanto, importa realizar um pequeno panorama, ainda mais aprofundado do que já foi apresentado anteriormente, a respeito da adoção em Portugal, eis que é um instituto que pode fazer frente aos desejos de se ter um filho por aqueles que não se encaixam no perfil de beneficiários da LPMA.

³³⁰ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O reconhecimento da ...*Op. Cit.* P.31.

3.2 Adoção

O item 3.1.2, ao tratar do estabelecimento da paternidade em Portugal, abordou a adoção em comparação as demais modalidades de estabelecimento do vínculo de filiação, incluindo a PMA.

Já o presente item cuidará de tratar especificadamente da adoção, com enfoque comparativo com a PMA em suas demais esferas, para além do estabelecimento da filiação. Isso porque, se poderia argumentar que apesar de não ser possível o recurso aos homens sozinhos e casais de homens à PMA e à GS, a eles não seria negado o *status* de pai, diante da possibilidade de recorrerem a adoção.

Porém, existem certas peculiaridades de cada instituto que merecem ser pontuadas e confrontadas para que se chegue à conclusão a respeito do papel dessa categoria de homens ou casais de homens, no cenário atual, tanto em relação a adoção como em relação a PMA.

Para isso, entende-se que apesar de ser a adoção um tema relevante, em razão de sua extensão, será necessário um recorte calculado, com a abordagem de somente algumas páginas destinadas ao seu confronto com as técnicas de PMA, incluindo as que se utilizam da gestação de substituição. Pelo que não se pretende no presente item esgotar a matéria da adoção em Portugal.

Segundo o professor Jorge Duarte Pinheiro, “a adoção deve ser definida como um vínculo que, independentemente dos laços de sangue, cria direitos e deveres paternofiliais entre duas pessoas”.³³¹

Maria Margarida Pereira dispõe que, a adoção é uma constituição jurídica, sendo-lhe “intrínsecos, por regra, o desejo de dar afecto e também a solidariedade para com crianças privadas de família que possa ou pretenda exercer a parentalidade”.³³²³³³

³³¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Estudos de direito...Op. Cit.* P. 89-90.

³³² PEREIRA, Maria Margarida Silva. *O Conceito de Vida...Op. Cit.* P. 286.

³³³ Sobre o aspecto afetivo nas relações jurídicas, o professor Jorge Duarte Pinheiro levanta uma questão interessante “terá o direito a capacidade para lidar com o afeto? Não é o direito uma ordem destinada a regular exclusivamente a vida em sociedade, actos, comportamentos?” (PINHEIRO, Jorge Duarte. *Critério Biológico e Critério Social ou Afectivo na Determinação da filiação e da Titularidade da Guarda dos Menores. Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, n. 9, ano 5, jan./jun. Coimbra: Coimbra Editora, 2008). De modo que é difícil classificar o instituto da adoção como algo que necessariamente é permeado por afeto e vínculos subjetivos.

A adoção extingue, de modo irrevogável, toda e qualquer relação jurídica entre a criança e seus pais. Ela chegou a entrar em declínio no séc. XVI sendo abolida em Portugal no ano de 1867, com retorno somente em 1966 no CC, e somente em 1977 é que se iniciou o período de sua regulamentação menos restritiva.³³⁴³³⁵

Sobre sua origem, a adoção foi largamente utilizada especialmente para assegurar ao adotante a continuidade da família e manutenção do culto doméstico, sobretudo quando o pai da família não tinha descendentes. Ocasão em que a adoção tinha um caráter puramente contratual, visando muito mais os interesses econômicos do adotante, do que os interesses do adotado. Atualmente, ao contrário, o seu fim principal é o de suprir de maneira eficaz a situação de carência moral, espiritual e material em que o adotando se encontra.³³⁶³³⁷

Tal fato denota uma preocupação muito maior com os interesses do menor adotado³³⁸ do que do (ou dos) adotante (s), ao contrário da filiação decorrente do uso das

³³⁴ De acordo com Antunes Varela, “a reforma de 1977, consubstanciada no Decreto Lei nº496/77 de 25 de novembro, tal como o Decreto Lei nº185/93 de 22 de maio, que trouxeram bastantes alterações ao articulado da adoção, respeitaram o novo espírito do instituto e mantiveram a dualidade de variantes (adoção plena e adoção restrita) que o código de 1966 instituirá. Mas inseriram nos pressupostos da adoção plena modificações significativas, que alteraram substancialmente o sentido da distinção entre as duas modalidades da adoção e afetaram a proteção legal devida à família natural ou de sangue”. (VARELA, Antunes. *Direito da... Op. Cit.* P. 114).

³³⁵ Em 2013 foram decretadas em Portugal 406 adoções. (PINHEIRO, Jorge Duarte. *Perspectivas de evolução do...Op.Cit.* P. 364).

³³⁶ VARELA, Antunes. *Direito da Família*, v. I, 5ª Ed (Revista, actualizada e completada). Lisboa: Livraria Petrony, 1999. P. 112.

³³⁷ Apesar de ser um instituto constituído para o benefício do adotando, deve-se levar em consideração as dificuldades para que esse propósito seja cumprido, como bem observado por Marsha Darling, que afirma que a adoção doméstica e internacional envolve uma triagem rigorosa para identificar os pais pretendidos que, muitas vezes podem acabar por não ser pessoas que agirão no melhor interesse de uma criança. (DARLING, Marsha Tyson. *What about the children? Citizenship, nationality and the perils of statelessness*. In. DAVIES MIRANDA (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, 2017. P.185-203. P. 198). O que deve ser sempre muito bem observado ao longo do processo de adoção.

³³⁸ Em Portugal só é possível a adoção de menores, conforme estipula o art. 1980º do CC. Diferente do Brasil, p.e. em que é possível a adoção de maiores de idade, de acordo com o art. 1.619 do CC brasileiro. João Cura Mariano, chama atenção para uma situação de indeferimento de um pedido de conversão de uma adoção restrita (modalidade já abolida da legislação portuguesa para a adoção plena, apresentado quando a pessoa adotada tinha vinte e nove anos. Na ocasião, “foi invocada perante o Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade da exigência do requisito da menoridade do adoptando nos casos de pretensão de conversão da modalidade da adopção, por violação do direito à identidade pessoal deste. O Tribunal fez notar que cabe na discricionariedade do legislador definir as condições da adopção, nomeadamente exigir, como requisito da conversão, a menoridade do adoptando (Acórdão nº 320/2000)”, em consideração as diferenças profundas existentes entre os efeitos da adoção plena — na qual o adotando se integra na família dos adotantes, “cortando, em princípio, os laços familiares com a sua família natural, modelando a lei a relação que se constitui sobre a relação de filiação natural” — e os da adoção restrita — que na ocasião de sua aplicação, a ligação com a família biológica se mantém. Sobre esse caso, o autor ressalta que a respeito da conversão da adoção restrita em adoção plena, “o Tribunal Constitucional entendeu não se revelar arbitrária a manutenção da exigência da menoridade do adoptado”, já que só a adoção de menores “realiza a finalidade deste instituto de promover a integração de crianças desamparadas num meio familiar, onde

técnicas de PMA, que visa basicamente os interesses dos beneficiários. Como pontuado por Jessica Esmeraldo e o professor Carlos Pamplona Corte-Real, ao fazerem um contraponto entre ambas, afirmam que em uma se estão em causa processos altruístas parentais *versus* processos egoístas de virtual projeção existencial a nível pessoal.³³⁹

A diferenciação que muito recebe críticas por parte da doutrina entre a adoção e a PMA é que na primeira se está diante de crianças e jovens que já existem e que anseiam o seio de uma família, e no segundo caso, são crianças geradas a partir de técnicas artificiais, somente com o objetivo de serem entregues para uma pessoa ou um casal que pretende ter um filho.

Conforme anteriormente pontuado, o primeiro possui um aspecto mais altruísta e visando o bem-estar do menor, ao passo que nos casos de recurso a PMA, a vontade atendida é a dos beneficiários, o que não deixa de ser um argumento poderoso aos críticos da PMA, sempre apresentando a adoção como via possível para aqueles que decidem colocar em prática o desejo de ter um filho.

Segundo Maria Clara Sottomayor, o instituto da adoção é “um instrumento de solidariedade social para com os mais fracos – as crianças – e de convívio amoroso entre os seres humanos”.³⁴⁰ De todo modo, os beneficiários da PMA apresentam requisitos bem diferentes dos possíveis adotantes, e muitas vezes esse é o diferencial para que se escolha entre uma e outra.

Em um comparativo do que fora apresentado no item 1.2, os critérios estabelecidos para alguém ser considerado beneficiário estão dispostos no art. 4º e 6º da LPMA. No mesmo sentido, o art. 1979º do CC determina quem pode adotar em Portugal. O nº1 deste artigo dispõe que duas pessoas casadas há mais de quatro anos podem adotar³⁴¹, desde que não separadas judicialmente ou de fato, e no caso de ambos serem maiores de 25 anos. Considerando entre esse período, inclusive, o tempo de convivência em união de facto imediatamente anterior a celebração do casamento (art. 1979, nº6, CC).

Outrossim, o art. 3º, nº1 da Lei nº 9/2010 dispõe que o regime introduzido pela lei implica na admissibilidade de adoção por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.

possam crescer e desenvolver a sua personalidade”. (MARIANO, João Cura. O Direito de Família na Jurisprudência... *Op. Cit.* P. 43-44).

³³⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; ESMERALDO, Jéssica Souza. O Direito da... *Op. Cit.* P. 291.

³⁴⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. A noção da criança na lei e nas ciências sociais. *Boletim da Ordem dos Advogados: Dia mundial da criança na ordem dos advogados*, n. 127, jun., p. 9-11, 2015.P. 202

³⁴¹ Período que por equiparação com o casamento, também se aplica a união de facto.

O nº2 também permite que pessoas sozinhas adotem, tanto homens como mulheres, desde que com mais de 30 anos, o que se assemelha ao que estipula a LPMA em relação as mulheres, independente da orientação sexual e do estado civil, porém, a lei permite uma faixa etária inferior aos beneficiários das técnicas – que é a partir de 18 anos.

O nº3 do mesmo artigo, também estipula um regramento etário diferenciado para o adotante em relação ao do beneficiário da PMA, já que dispõe que só pode adotar quem não tiver mais de sessenta anos na data em que a criança lhe tiver sido confiada (confiança administrativa ou confiança com vistas a futura adoção), quando na LPMA não existe nenhum limite de idade para os beneficiários recorrerem às técnicas.

Ademais, a partir dos cinquenta anos do adotante a diferença de idade entre ele o adotado não pode ser superior a cinquenta anos. Ou seja, os adotantes de mais de cinquenta anos já não são permitidos por lei a adotarem recém-nascidos, mas podem recorrer a uma técnica de PMA com vistas a serem pais.³⁴²

Em outro contraponto da adoção com a GS (instituto necessários aos homens para utilização de PMA sem uma mulher), Glenda Emmerson é categórica ao afirmar que a adoção “envolve uma resposta a uma criança que precisa de uma família”, e que a GS, por outro lado, “envolve a criação planejada de uma criança para atender às necessidades de um casal infértil”, (ou qualquer um que não consiga ter um filho através de simples ato sexual). Em sua concepção, a GS viola “a intenção da legislação de adoção”, permitindo que os futuros pais superem as limitações legais de elegibilidade para se tornarem pais adotivos, através dos recursos às técnicas de PMA.³⁴³

Desse modo, é possível perceber que apesar de ser permitido que homens e casais de homens adotem uma criança, eles sofrem uma série de requisitos, principalmente etários para que seja possível a concretização de seu projeto parental, quando no caso da GS, caso a eles fosse permitida – como ocorre com as mulheres – só seria necessário que fossem maiores de 18 anos. Em outras palavras, o instituto da adoção muitas vezes não supre, para uma certa categoria de pais, a vontade de ter um filho.

Outro aspecto interessante em relação a dicotomia entre a adoção e a PMA, é que o primeiro “requer os serviços de proteção de assistência social, profissionais jurídicos e,

³⁴² Os requisitos dispostos no nº3 só poderão ser afastados, de acordo com o nº5 do mesmo artigo, nos casos em que o adotando for filho do cônjuge adotante, ou se provados, a título excepcional motivos fortes e relevantes, em observância ao superior interesse do adotando, e quando se tratar de uma fratria em que de verifique a referida diferença de idade em alguns ou em algum irmão.

³⁴³ EMMERSON, Glenda. “Surrogacy: Born for Another”. *Research Bulletin*, n.8/96, INSS 1324-860X. Brisbane: Queensland Parliamentary Library, 1996.

às vezes, médicos”, ao passo que a PMA e a GS geralmente envolvem um número de pessoas muito maior, que a autora Miranda Davies chama de “menos legítimos”, desde os fornecedores do material genético até médicos, recrutadores, agentes, corretores de seguros, agentes de viagens, agências, taxistas, guias e outros intermediários empregados.³⁴⁴

Nos requisitos da adoção, quanto ao adotando, o art. 1980º, nº1 do CC dispõe quem pode ser adotado, devendo-se destacar que a constituição do vínculo de adoção deve ser conveniente para o adotando, e este, em regra, não pode ter idade superior a quinze anos, art. 1980º, nº2 do CC, salvo o disposto no nº3.³⁴⁵

O art. 1980, nº1, b) do CC destaca a possibilidade de adoção dos filhos dos cônjuges. Esse artigo é de importante comparação entre o regime da adoção com a PMA, na medida em que muitas vezes o que leva a busca pelo recurso à uma das técnicas é a vontade de ser pai em conjunto, o que poderia ser resolvido, no caso de já existir uma criança filha de um desses possíveis beneficiários, tendo em vista a possibilidade de ela ser adotada pelo outro.³⁴⁶

João Carlos Loureiro, declara que “o reconhecimento da possibilidade de adotar conjuntamente anda a par com o acesso a novas técnicas de procriação medicamente assistida”. Segundo o autor, com base nos dados da ILGA³⁴⁷-Europa, verifica-se que a adoção do filho do cônjuge ou parceiro é a prática mais difundida, em termos de direito comparado.³⁴⁸

O art. 1981º do CC assenta no consentimento para a adoção, seguido das disposições sobre a forma e o tempo desse consentimento, que de acordo com o art. 1982º, nº 1, o consentimento é inequívoco e prestado perante o juiz, que vai esclarecer para quem o declara acerca de seus efeitos, e o consentimento prestado pode ser dado independente da instauração do processo de adoção (nº 2). Além disso, o art. 1893º trata da irreversibilidade do consentimento para adoção.

³⁴⁴DAVIES. Miranda. Preface and Introduction. In. DAVIES MIRANDA (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, p. XIII-XV. P.1-15. 2017. P. 7.

³⁴⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Estudos de direito...Op. Cit.* P. 94.

³⁴⁶ No mesmo sentido, Maria Clara Sottomayor menciona o caso cf. (conforme) *X and others v. Austria*, de 19 de fevereiro de 2013 (queixa n. 19010/07), que veio reconhecer o direito a um membro de casal homossexual, vivendo em união de fato, de adotar o filho do seu companheiro. (SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os ‘verdadeiros’ pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Direito e Justiça*, v. 16, n.1, p. 191-241. 2002. P.263) Disponível em “<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-116735>” (acesso em 14 abr. 2023).

³⁴⁷ Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais.

³⁴⁸ LOUREIRO, João Carlos. Há mais vida para...*Op. Cit.*P. 287-288.

Desse modo, pode-se observar que a lógica nos casos de adoção é completamente voltada ao interesse do menor, desde o princípio, assim como também é levado em conta o seu consentimento, a partir de uma certa idade. O menor a todo o momento está no centro do debate, antes que qualquer vínculo paternofilial seja com ele estabelecido.

Finalmente, o nº3 do art. 1982º do CC, determina que a mãe só pode dar seu consentimento para a adoção de seu filho, após seis semanas do parto. Sobre esse artigo, Guilherme de Oliveira, afirma que “embora se tenha pretendido facilitar a adoção de recém-nascido filho de pessoa viva, quis garantir-se que o consentimento da mãe biológica seja prestado com ‘serenidade de espírito’ e ‘plena consciência”.

Já que para o autor, parece claro que, no sistema jurídico português um consentimento antecipado é nulo, de modo que uma renúncia antecipada ao estado jurídico de mãe não seria válida e não obrigaria civilmente o sujeito que a praticou.³⁴⁹

Ainda sobre o consentimento para adoção, conforme anteriormente mencionado, o art. 1982º, nº3 do CC foi utilizado como referência pela juíza do Tribunal Constitucional na época, Maria Clara Sottomayor, no julgamento do Ac. TC nº 255/2018, para traçar um paralelo entre a adoção e a possibilidade de revogação do consentimento da gestante, eis que o CC prevê que o consentimento para adoção deve respeitar esse período de seis semanas após o parto, a fim de garantir uma maturação da decisão de permitir a adoção daquele filho. E, finalmente, o art. 1893º trata da irreversibilidade do consentimento para adoção.

Em todo caso, não se pode esquecer que são dois institutos diferentes (adoção e PMA, como um todo) com constituições diferentes e que se originam de motivações e causas diferentes, de modo a aproveitar os regramentos de um em outro não parece ser o melhor caminho. Regina Sauwen alerta que “enquanto a adoção é um instituto de ordem pública”, a GS pressupõe acordos particulares, que nem sempre poderão se sobrepujar em relação a adoção e nem a ter como parâmetro”.³⁵⁰

Para Guilherme de Oliveira, o instituto da adoção, como regressou aos sistemas jurídicos, é “um instrumento de proteção da infância desvalida que se acrescenta às variadas prestações sociais e a todos os mecanismos de defesa das crianças”. Ele funciona como “um remédio para as crianças que não tem pais ou para as crianças cujos pais não podem desempenhar o seu papel”, por outro lado, a GS seria “um remédio para os adultos

³⁴⁹ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da Procriação...*Op.Cit.* P. 789.

³⁵⁰ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro” ...Op. Cit.* P. 85.

e não para os filhos”.³⁵¹ Evidente, portanto, que a perspectiva de ambos nasce para ser diferente.

Por fim, importa ainda mencionar que os casos de buscas de soluções aos seus projetos parentais em outros países não é uma problemática vivida somente pelos beneficiários da PMA e da GS, tendo em vista a existência da adoção internacional.³⁵²

Ocorre que, de acordo com a Ann Estin, diferente dos casos observados em matéria de PMA, o controle e a legislação pelo Estado português, a respeito da adoção internacional, são muito maiores e sedimentados, de modo que o entendimento geral internacional é que esse tipo de adoção “pode ser considerada como um meio alternativo de cuidado de uma criança, se a criança não puder ser colocada em uma família adotiva”, ou não puder ser cuidada de forma adequada em seu país de origem.³⁵³

Mesmo assim, apesar de não ser o foco do presente item, o estudo e aprofundamento das questões envolvendo a adoção internacional, para Nuno Silva Ascensão, “muitos dos problemas que já antes foram acusados a respeito da adoção internacional colocam-se igualmente no respeitante à maternidade de substituição”.

Consoante o entendimento do autor, “a ideia de que existe um bloco de consumidores nos países mais ricos contraposto ao bloco de fornecedores nos países pobres está bem presente” e não deixa de trazer preocupações que tendem “a acompanhar os fenômenos sociais propícios a albergar práticas de mercantilização da pessoa humana”.³⁵⁴

Em todo o caso, o questionamento que se faz, a partir do panorama comparativo entre dois institutos é se o Estado deve se preocupar com a providência e o estímulo da adoção das crianças que existem, ponderando seus direitos a partir de seu superior interesse? Ou deve se preocupar em melhorar e aprimorar a legislação a respeito da PMA e do instituto da GS? O que para Maria Margarida Pereira seria prevalecer o “direito à criança ou, antes, o direito à defesa das crianças sem família?”³⁵⁵

Na verdade, acredita-se que não se deve priorizar um ou outro, e nem tratar de ambos os institutos como se fossem caminhos iguais e possíveis para aqueles que querem

³⁵¹ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só...Op.Cit.* P.54-55.

³⁵² A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por 196 países, dispõe sobre adoção, bem como sobre a subsidiariedade da adoção internacional.

³⁵³ ESTIN, Ann Laquer. *Families Across Borders: The Hague Children's Conventions and the Case for International Family Law in the United States.* Florida Law Review, University of Florida, 2010.P. 56-57.

³⁵⁴ SILVA, Nuno Ascensão. *A maternidade de...Op. Cit.* P. 36.

³⁵⁵ PEREIRA, Maria Margarida Silva. *O Conceito de Vida...Op.Cit.* P.286-287 (rodapé)

ser pais, pois não são institutos que possuem o mesmo processo, apesar de chegarem a mesma finalidade, que é ter um filho.

No caso dos homens, independente de seu estado civil e orientação sexual, poder-se-ia afastar o recurso às técnicas de PMA e do instituto da GS, com o argumento de que seria possível que eles adotassem. Mas e se eles não tiverem as características necessárias por lei, como p.e. a idade para adotar? Devem esperar? E se forem mais velhos, a eles deve ser negada a possibilidade de um filho? A natureza permite que naturalmente homens tenham filhos até bem idosos, e o Estado parece dizer o contrário. A alternativa da adoção não foi apresentada às mulheres, que podem recorrer à PMA e à GS sempre que quiserem.³⁵⁶

O regime da adoção é muito diferente do regime da PMA, e eles propositalmente nasceram para serem diferentes, apresentando perspectivas diferentes da vontade de quem deles participa. Desse modo, julga-se inadequado afastar o recurso dos homens à PMA e à GS, sem a companhia de uma mulher, apresentando a eles como alternativa a possibilidade de adotar.

A filiação é o produto comum de ambos os institutos, mas os anseios que levam a busca por uma criança com suas características físicas ou de seu parceiro, não podem ser suprimidos, quando não o são para mulheres e casais heterossexuais.

Para João Carlos Loureiro, a respeito da adoção de homossexuais, o autor acredita que entre estar “institucionalizado ou viver com duas pessoas homossexuais”, defende que seria preferível no interesse da criança, esta última solução.³⁵⁷

Entretanto, não se pode afastar que, ao que parece, com tal pensamento, o autor parece reduzir o adotando a alguém que precisa de um lar, ainda que seja em um local “precário”, sendo aparentemente melhor ter “qualquer tipo de pais” do que nenhum pai, quando na verdade não se vê os casais do mesmo sexo como uma categoria inferior de pais de uma criança.

Entende-se que a *ratio* da lei é no sentido de permitir que aqueles que sejam casais homossexuais, nas mesmas condições de casais heterossexuais, possam realizar seu projeto parental através da adoção, assim como qualquer outro, e não porque sejam somente melhores do que a permanência das crianças em abrigos.

³⁵⁷ LOUREIRO, João Carlos. Há mais vida para...*Op. Cit.* P.286.

Assim, acredita-se que a adoção deve servir como parâmetro para possibilitar que os homens recorram à PMA e à GS, e não para fastá-los destes procedimentos oferecendo a adoção como recurso alternativo.³⁵⁸ Isso porque, se é possível a adoção de uma criança por dois homens, porque a eles não seria permitido o recuso às técnicas disponíveis na legislação portuguesa para casais de mulheres, mulheres sozinhas e casais heterossexuais? Na verdade, parece ser uma consequência lógica a permissão que se pleiteia.

Após analisar a adoção em um comparativo com o recurso à PMA, chegou-se à conclusão de que a busca por um filho para os homens nas circunstâncias examinadas no presente estudo não se esgota e muitas vezes não é capaz de ser solucionada através da adoção, mas que a adoção concedida a eles pode funcionar como caminho fértil para a concessão de direitos relativos à PMA e a GS. Desse modo, surge a indagação final, permitir o acesso na LPMA, à GS (e consequentemente à PMA), a esses homens seria uma solução para as problemáticas levantadas? E principalmente, para diminuir a utilização de tais técnicas por homens portugueses, nessas condições, fora do território nacional?

A primeira indagação que se coloca vai muito mais no sentido de buscar entender se o regramento e as disposições legislativas podem contribuir para afastar dúvidas e interpretações equivocadas do instituto da PMA, do que para simplesmente defender ou retirar a inclusão de toda e qualquer pessoa da qualidade de beneficiária das técnicas. Já a segunda questão trata da possibilidade de proteger de modo mais efetivo as crianças nascidas no estrangeiro, através da inclusão na LPMA desses homens, pois o acesso a eles através da lei garantiria a realização do procedimento em solo português.

3.3 Permitir o acesso na LPMA é a solução?

O Direito de Família é permeado pelo envolvimento dos costumes e da moral social, que possui uma existência própria caracterizada pela não positividade, não é

³⁵⁸ A Espanha considerou que o reconhecimento da filiação de uma criança, no caso de dois homens, não ofendia a ordem pública espanhola, designadamente porque a lei espanhola já admite a filiação adotiva relativamente a dois homens, e também porque no país a filiação relativamente a filhos nascidos através de técnicas de reprodução assistida pode ser estabelecida a favor de duas mulheres casadas entre si, nos termos do art. 7, nº3, da referida Lei de 2006, sendo contrário ao princípio da igualdade recusá-la, nas mesmas circunstâncias, a favor de dois homens no caso chamado *Luis e Fernando*. (VICENTE, Dário Moura. Maternidade de Substituição e... *Op.Cit.* P. 164). Apensar da proibição no país do recurso a GS.

produzida pelos fatos normativos próprios do Direito, não possui regras elaboradas e não é sancionada por instancias jurídicas³⁵⁹. Ocorre que, muitas vezes aparece como necessário o regramento jurídico, não para manietar as pessoas, mas como consequência lógica da sociedade, e principalmente para proteger as partes mais vulneráveis.

De acordo com Anderson Schreiber, “o enfoque da proteção desloca-se da família em si mesma para cada um dos seus integrantes, reconhecendo-se que a instituição familiar não pode ser protegida como algo superior aos desígnios dos seus membros”. A família, na verdade, mostra-se como um instrumento da realização da felicidade de cada um deles.³⁶⁰

Os acontecimentos e movimentos sociais que surgem, impactam as relações familiares existentes dentro de uma sociedade. A progressiva emancipação econômica, social e jurídica da mulher, a redução do número médio de filhos das uniões de facto e conjugais, a maior complexidade da vida contemporânea, o reconhecimento da fundamentalidade de proteção das pessoas integrantes de grupos minoritários, a massificação das relações econômicas (especialmente de consumo), a urbanização desenfreada, os avanços científicos no campo das técnicas conceptivas e contraceptivas, os medicamentos e práticas médicas mais avançadas, o rápido desenvolvimento tecnológico em termos de comunicação e informação, entre outros, foram acontecimentos decisivos para as mudanças nas relações familiares atuais.³⁶¹³⁶²

Em 1977, o Código Civil aceitou a relevância da procriação medicamente assistida, mediante a revogação da norma que até aí a negava (art. 1799). Em 1986 nascia o primeiro bebê português através de uma das técnicas de PMA, a fertilização in vitro (FIV),³⁶³ para duas décadas depois ser publicada a Lei nº 32/2006, de 26 de julho, a LPMA, consagrando o regime geral que confirmava os beneficiários de técnicas de

³⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: I Parte Geral*, tomo I. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2007. P.708.

³⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da... Op.Cit.* P. 220.

³⁶¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Novos modelos de... Op.Cit.* P. 436-437.

³⁶² Em 2014, o professor Jorge Duarte Pinheiro já chamava a atenção para a continuidade da linha evolutiva em matéria de PMA, afirmando que naquele tempo se poderia supor que o acesso à procriação assistida viria a ser facultado a pessoas sós e a pessoas que integrem casais homossexuais, bem como a admissão da maternidade de substituição, e a ausência de a adoção por casais de pessoas do mesmo sexo. Em outras palavras, a conquista desses direitos parecia uma consequência lógica. (PINHEIRO, Jorge Duarte. *Novos pais e novos filhos: sobre a multiplicidade no Direito da Família e das Crianças*. In. SILVA, Heraldo de Oliveira; GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.). *I Congresso Luso Brasileiro de Direito*. Coimbra: Almedina, p. 173-182. 2014. P. 181)

³⁶³ Disponível em: <<https://www.dn.pt/sociedade/primeiro-bebe-proveta-portugues-reencontra-medico-que-o-criou-5039609.html>> Acesso em 16 out. 2022.

procriação medicamente assistida como juridicamente pais da criança nascida, em razão da aplicação de tais técnicas.³⁶⁴

A procriação assistida não é apenas um problema jurídico, mas sobretudo cultural, moral, ético e religioso. O intenso debate que se desenvolve sobre o tema mostra que o modelo ético cultural de uma sociedade luta para aceitar os avanços das novas tecnologias, a fim de enfrentar os novos horizontes científicos, parecendo difícil, embora necessário separar o juízo técnico da mera ideia.³⁶⁵

Segundo José de Oliveira Ascensão, “sempre as descobertas científicas trouxeram objeto de meditação para análise filosófica e jurídica”, e a partir delas se responde à mesma necessidade fundamental de que as ciências da natureza e as ciências normativas marchem para que o progresso se faça a serviço do homem, e não em detrimento dele.³⁶⁶

Para Paulo Otero, “não será exagero dizer que o progresso científico e técnico no campo da procriação humana corre o risco de traduzir a revolução mais profunda que o Direito até hoje sofreu”.³⁶⁷ No mesmo sentido, Regina Sauwen dispõe que, “uma nova família está surgindo e o direito não pode desconsiderar tal fato”.³⁶⁸³⁶⁹ Do direito, espera-se apenas que sejam produzidos meios para garantir o respeito da dignidade daqueles que nascem do uso das modernas novas técnicas.³⁷⁰

Ao logo da dissertação, verificou-se que até mesmo o regramento atual presente na LPMA, o que ela já consolida, principalmente em relação à GS, sofre críticas. O que é esperado diante de um tema controverso como a procriação medicamente assistida. Assim, para atender a primeira pergunta realizada, ao final do item anterior, antes é necessário deliberar a respeito dos benefícios e desvantagens da lei sobre o tema.

³⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. Perspectivas de evolução do...*Op.Cit.* P. 359.

³⁶⁵ CRICENTI, Giuseppe. I Diritti sul corpo...*Op.Cit.* P. 1379.

³⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e Bioética. *Revista da Ordem...Op.Cit.* P.430.

³⁶⁷ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade...Op.Cit.* P.19.

³⁶⁸ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro” ...Op. Cit.* P. 85.

³⁶⁹ No Brasil, “os dados estatísticos da pesquisa nacional por amostragem de domicílios do instituto brasileiro de geografia e estatística (IBGE) já demonstravam um perfil de relações familiares para muito além do modelo monolítico do casamento. Na pesquisa estatística houve identificação de casais heterossexuais casados com filhos biológicos, outros com filhos adotivos, outros com filhos biológicos e adotivos (famílias fundadas no casamento) casais heterossexuais não formalmente casados com filhos biológicos, outros com filhos adotivos, outros com filhos biológicos e adotivos (famílias fundadas na união estável), pais ou mães com filhos biológicos, outros com filhos adotivos, outros com filhos biológicos e adotivos (famílias monoparentais), irmão adultos convivendo sob o mesmo teto, sem pai e mãe que vivesse com eles (famílias fundadas no parentesco na linha colateral) uniões homossexuais de caráter afetivo (famílias fundadas nas pessoas nas uniões de pessoas do mesmo sexo) uniões entre pessoas que não podiam formalizar o vínculo do casamento, entre outras ‘unidades de vivencia’ encontradas nas residências brasileiras”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Novos modelos de... *Op.Cit.* P. 437).

³⁷⁰ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro” ...Op. Cit.*P. 88.

Em relação a opinião pública, em junho de 1988, a Newspoll, marca australiana de pesquisa de opinião³⁷¹, realizou uma pesquisa sobre gestação de substituição, descobrindo que das 1.150 pessoas entrevistadas (todos australianos), dois terços das australianas eram a favor de alguma forma de GS. A GS envolvendo um amigo próximo ou parente recebeu o maior apoio, com 33% da amostra. A pesquisa também descobriu que as mulheres tendem a apoiar a GS mais do que os homens, e que as pessoas mais jovens (18-34 anos) também tendem a ser mais favoráveis ao instituto do que as mais velhas.³⁷²

Conforme dispõe Glenda Emmerson, “a proibição impede que o aconselhamento adequado chegue aos participantes pretendidos ou àqueles que enfrentam dificuldades de adaptação”, bem como prejudica as crianças nascidas em regime de gestação de substituição, “pois não há informações precisas ou sistemáticas disponíveis para elas”, concluindo que “a história sugere que as barrigas de aluguel ocorrerão independentemente das decisões do governo”.

A escolha de proibir a todos a utilização da GS em território nacional não deixa de ser uma opção, afastando aqueles que defendem o seu recurso por homens, somente porque é permitido às mulheres. Para autora, nesses casos, os envolvidos na prática ficariam numa espécie de “limbo legal”. Ademais, Glenda Emmerson faz um alerta, proibindo ou permitindo a prática, ainda que de modo condicionado, a decisão deve se basear em considerações racionais e não em sentimentos orquestrados pela mídia e preconceitos arraigados.³⁷³

A autora apresenta a possibilidade da criação de um conselho público controlado pelo estado para tratar da GS, pois para quem o defende, embora a proibição de arranjos privados seja sempre difícil de aplicar, a disponibilidade do recurso oficialmente regulamentada pelo Estado eliminaria a maior parte da motivação para a realização privada.³⁷⁴ A regulação, portanto, pareceria preferível a qualquer outra alternativa.³⁷⁵

De acordo com o professor Jorge Duarte Pinheiro, diferente dos EUA, em que um dos motivos para a escassez de leis regulamentando a PMA baseia-se na crença de que “a mulher e o médico são aqueles que estão em melhores condições para tomar uma

³⁷¹ Publicada pelo jornal The Australian e administrada pelo grupo de pesquisas, YouGov.

³⁷² EMMERSON, Glenda. “Surrogacy: Born for...*Op.Cit.* P. 21.

³⁷³ *Ibid.* P. 51-52.

³⁷⁴ Segundo a autora, a tese da criação de um conselho sobre gestação de substituição, é de Singer e Wells em seu livro, *The Reproduction Revolution*, defendida também pelo professor Carl Wood, presidente do Departamento de Obstetrícia e Ginecologia da Monash University.

³⁷⁵ EMMERSON, Glenda. “Surrogacy: Born for...*Op.Cit.* P. 53.

decisão”, em Portugal eram os próprios médicos a solicitar uma regulação estatal (Parecer 44/CNECV/04 de 26 de julho de 2004 – que alude à urgência de uma legislação específica relativa à PMA). “A intensidade da vertente concreta das questões de procriação assistida mostraria que a única técnica satisfatória de solução era a ponderação casuística e não a aplicação de regras gerais”.

Mas, segundo o autor, a tese de que a legislação impede a evolução – lembrando as objeções que foram formuladas no sec. XIX contra a codificação – descarta “os riscos que uma ação descontrolada comporta para o desenvolvimento da própria investigação”.

Para Jorge Duarte Pinheiro, uma regulamentação criteriosa pode contribuir para o prestígio de médicos e cientistas, evitando que se produzam circunstâncias, de tal maneira condenadas pela opinião pública, que propiciem o estabelecimento no futuro de proibições amplas.

O autor, ainda, conclui que, “a falta torna tudo o que é tecnicamente possível juridicamente admissível, o que é indesejável ou perigoso”. De outro modo, a ausência de uma legislação geral traduz-se num cenário em que não é assegurada a aplicação uniforme do Direito aos casos concretos, criando incertezas e muitas vezes se apresentando de forma incompatível com o princípio da igualdade.³⁷⁶

José de Oliveira Ascensão salvaguarda que o direito deve regular a fecundação artificial porque ela é possível, sendo necessárias previsões que cubram todos os fenômenos, lícitos ou ilícitos que se possam produzir. Para isso, devem ser levadas, segundo o autor, as ações praticadas no país ou no estrangeiro.³⁷⁷

Renate Klein possui um posicionamento bastante contundente a respeito da possibilidade da PMA, e principalmente da GS. Segundo a autora, o recurso à gestação de substituição deve parar de ser visto como “legal”, do mesmo modo que foi interrompida a compra de mulheres prostitutas em países nórdicos, pois se percebeu que era algo antiético. Segundo ela, o questionamento que deve ser feito é se o desejo de ter um filho é sobre a alegria de passar um tempo com aquela criança ou sobre a posse de tê-la, “querer ter um filho que você comprou (ou pelo menos solicitou)”.³⁷⁸

De acordo com a autora, deve-se repensar na “ideia de que a regulamentação pode ser sempre a resposta”, questionando a existência de leis modelos para “melhorar a prática” altruísta. O grande foco de crítica de Renate Klein é a GS, que é de fato um

³⁷⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. A Necessidade da Lei...*Op.Cit.* P. 202-204.

³⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e Bioética. *Revista da Ordem...Op.Cit.* P. 453.

³⁷⁸ KLEIN, Renate. *Surrogacy: A Human Rights...Op.Cit.* P. 177.

procedimento primordial para que a categoria de homens que estamos tratando possa recorrer à PMA.

Para ela, uma regulamentação do instituto pode colocá-lo como legítimo, e principalmente qualquer regulamentação “será subvertida por aqueles que não querem cumprir suas leis”. Em suas palavras, o melhor seria se os governos investissem em campanhas de educação pública com foco no fator antiético das práticas, concluindo que o mais importante seria que as pessoas nunca devem encolher os ombros e dizer “bem, a barriga de aluguel existe, vamos apenas regulá-la e torná-la ética.”³⁷⁹

Maria Margarida Pereira defende que seria possível a vedação ao recurso da GS, mas, para ela, a “força da realidade impõe-se, mais cedo ou mais tarde”. De acordo com a autora seria preferível estruturar juridicamente o horizonte de admissibilidade da GS do que enfrentar situações consumadas, em que teria o Estado e a comunidade jurídica que assumir a responsabilidade de, por omissão, não ter desempenhado o seu papel, que seria o de “promover o debate alargado sobre a matéria e legislar de acordo com critérios precisos, valores e princípios”.

Segundo a autora, o direito não teria como impedir a concretização das possibilidades científicas que se apresentam no domínio da PMA e da GS, sendo possível “esgrimir por leis bem estruturadas sobre a matéria”. Em todo caso, deve-se buscar o aprimoramento das leis para que elas sejam compatíveis com os direitos de gênero, o direito das crianças, e principalmente uma lei com critérios jurídicos que não perpetue o tema como uma questão só feminina ou essencialmente feminina.³⁸⁰

Na mesma linha, em outra brilhante obra, Maria Margarida Pereira afirma que a perpetuação da negativa em relação aos homens e casais de homens de recorrerem à GS, além de possuir uma natureza discriminatória, que não se discute e não se esclarece do porquê, gera uma indefinição do sentido atribuído ao superior interesse da criança.³⁸¹

Ainda sobre o pensamento de Glenda Emmerson, a autora defende a máxima de que os indivíduos podem, dentro de uma sociedade, considerar a gestação de substituição imoral, danosa, condenando-a, mas essa posição deveria ser irrelevante para um governo formar uma resposta a questão política que se coloca sobre regulamentar ou não o instituto

³⁷⁹ KLEIN, Renate. *Surrogacy: A Human Rights...Op.Cit.* P. 178.

³⁸⁰ PEREIRA, Maria Margarida Silva. Gerar uma Criança ... *Op.Cit.* P. 1587-1588.

³⁸¹ PEREIRA, Maria Margarida Silva. Uma gestação inconstitucional...*Op.Cit.*

e para quem. “O indivíduo tem o direito de participar ou não de uma prática que considera imoral, mas eles não têm o direito de forçar sua moralidade nas leis da sociedade”.³⁸²

Sobre o posicionamento da autora, acredita-se que no final a decisão será uma questão de política interna, mas não se pode deixar de atentar para o ponto de vista popular sobre o tema, afinal são a essas pessoas que a lei será aplicada, devendo-se levar em consideração a reação que nelas causaria um ou outro caminho (como o recurso no exterior).³⁸³ De todo modo, a concepção subjetiva que parece mais importar é a da criança.

Maria Clara Sottomayor defende que para conhecer a opinião e os sentimentos das crianças “seja importante escutar a sua própria voz”. É importante que os estudos das ciências sociais hoje, incluam entrevistas a crianças sobre o impacto, na sua vida, das políticas sociais, das leis e das decisões judiciais ou administrativas que lhes dizem respeito.³⁸⁴ Em outros termos, por que não saber a opinião das crianças nascidas a partir das técnicas de PMA e recurso à GS, quanto aos efeitos na sua formação? Ao que parece, essa pode ser uma investigação interessante e que deve andar em paralelo com a regulamentação legal.

Retomando aos questionamentos anteriormente formulados, após a análise das considerações a partir do pensamento de autores, dos indivíduos e até mesmo acreditando que devem ser realizados estudos a respeito do posicionamento das crianças, hoje talvez adultos, que nasceram a partir dessas técnicas, conclui-se que os ganhos de permitir na LPMA o acesso aos homens sozinhos e casais de homens são maiores que eventuais perdas, bem como acredita-se que os problemas relativos ao reconhecimento da filiação dos procedimentos realizados no exterior diminuiriam com a permissão a esse grupo de homens através da lei.

O acesso à PMA por casais de homens ou por qualquer homem, independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual, previsto de modo detalhado na lei, além de se coadunar com os princípios e regras da constituição e do ordenamento jurídico português como um todo, está em conformidade com o arcabouço legislativo em matéria de estabelecimento da paternidade, não havendo inovações nesse sentido, ou necessidade de criação de novos critérios caso a lei se altere.

³⁸² EMMERSON, Glenda. “Surrogacy: Born for...*Op.Cit.* P. 58.

³⁸³ Para Simone Novaes, uma lei pode e deve responder a questões tão essenciais à ordem pública como as de filiação e as condições sanitárias mínimas necessárias para garantir a qualidade e a segurança de uma prática técnica. No entanto, o conteúdo desta lei deve ser resultado de um debate público contraditório, que não deveria se restringir à consulta de especialistas pelo poder público ou ao debate parlamentar. (NOVAES, Simone. *Femmes, Bioéthique et... Op. Cit.* P.166)

³⁸⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. A noção da criança...*Op. Cit.* P. 11.

E toda a problemática envolvendo os reconhecimentos dos vínculos desses novos beneficiários no estrangeiro também melhoraria – não se pode garantir que ainda assim não haverá a necessidade de reconhecimento, por parte dessa categoria de homens, ou de qualquer outra pessoa em solo nacional – mas, de fato haveria uma diminuição na incidência de casos, eis que atualmente esses homens são o único grupo excluído, sem uma motivação lógica para tanto.³⁸⁵

Não se trata de uma concessão geral e irrestrita, até porque entende-se como desnecessária a promoção para aqueles que podem ter filhos de modo natural, e que simplesmente não o fazem, p.e. Ademais, não se busca um incentivo a realização das técnicas de PMA e de GS, de modo descontrolado, entendendo ser um assunto delicado para os envolvidos, para a criança nascida e para o Estado. Mas, a permissão legal aos homens como beneficiários, desacompanhados de uma mulher, na conjuntura atual da LPMA, e do restante do ordenamento jurídico, mostra-se como uma necessidade lógica ao panorama que se tem hoje em matéria de procriação e gestação de substituição em Portugal.³⁸⁶

A reprodução nesses moldes apresenta vários desafios para um regime de liberdade procriativa, e envolve um conjunto de práticas e relações em que os significados sociais e psicológicos, os direitos e deveres legais ainda não foram totalmente definidos, apresentado brechas para mal-entendidos e conflitos³⁸⁷, mas não se pode fechar os olhos para a demanda que eles atualmente representam, de modo que quanto mais detalhados e especificados em lei, ainda que se entenda que o Estado não pode conter certas escolhas pessoais de liberdade e planejamento familiar, quanto mais estiver regulamentando a sua realização, mais será possível haver certo controle em relação a parte mais vulnerável nesses processos, que é a criança.

³⁸⁵ De acordo com Vera Lúcia Raposo, a lei não admite o recurso à gestação de substituição por parte de casais homossexuais masculinos e nem por parte de homens singulares, sendo que para estes o uso de tal procedimento é particularmente importante, pois têm na gestação de substituição a única forma possível de ter filhos biológicos. Não se podendo afirmar que tal proibição se deve a uma objeção de princípio do legislador a famílias homossexuais ou monoparentais, já que esta hipótese não está vedada nem a mulheres singulares nem a mulheres lésbicas que vivam em casal, pelo que caberia ao legislador explicar o porquê deste regime diferenciado. (RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você...*Op. Cit* P. 26-27).

³⁸⁶ Nas palavras de Rainer Maria Rilke, “talvez os gêneros sejam mais aparentados do que supomos, e a grande renovação do mundo talvez consista no fato de que meninos e meninas, libertos de todas as sensações errôneas e de desprazeres, não mais se procurarão como opostos, mas como irmãos e vizinhos, e se unirão enquanto seres humanos”. (RILKE, Rainer Maria. *Cartas a um jovem poeta*. (trad. Cláudia Dornbusch). São Paulo: Planeta do Brasil, 2022. P.59.)

³⁸⁷ ROBERTSON, John A. *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

Vera Lúcia Raposo, acredita que este diploma não é o fim da história das discussões sobre PMA em Portugal. Por um lado, aguarda-se a regulamentação da lei em diversos aspectos técnicos, por outro lado, a autora acredita que o CNPMA terá, importantes poderes na evolução da PMA e no sentido mais conservador ou mais liberal da aplicação da lei.³⁸⁸

Outrossim, não é tarefa fácil para o legislador produzir uma lei indiscutível e duradoura, principalmente em relação aos modelos familiares e a uma sociedade que se modifica e cria novos arranjos a cada instante, “numa época em que os modelos consagrados explodiram e todas as ideias pretendem um respeito equivalente”.³⁸⁹

Segundo o professor Carlos Pamplona Corte-Real, “ninguém cuida, por fim, de potencializar o direito natural à procriação do homem gay”. Todavia, para ele, a PMA seria um instrumento particularmente adequado ao acesso, “que nada tem de incompreensível”, sendo, antes de mais de todo legítimo, dos indivíduos homossexuais à parentalidade, com pleno respeito pela respectiva identidade pessoal.

Importa, ainda, concluir com a mensagem, que é quase um convite ao legislador português por parte do ilustre professor “dê-se, pois, à PMA o alcance que pode e deve ter, à luz da observância dos princípios constitucionais”.³⁹⁰

³⁸⁸ RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. Primeiras notas sobre...*Op. Cit.* P.104.

³⁸⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. Transformações do direito da... *Op.Cit.*. P. 763-779

³⁹⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Homoafectividade...*Op.Cit.* P.36.

Conclusão

A proibição de que homens recorressem à gestação de substituição, em princípio, pode sugerir se tratar de consequência natural da razão de ser do próprio instituto: socorrer mulheres que eventualmente não pudessem gestar naturalmente, ou, dito de outro modo, atender às mulheres em casos excepcionais. Porém, por outro lado é possível constatar que, no caso dos homens, desacompanhados de uma mulher, a realização de seu projeto parental, por meio das técnicas de PMA, tem na GS, medida que se impõe, de modo que ao contrário das mulheres, não haveria a necessidade de fazer uma ressalva, como a que determina o art. 8º, nº2 da LPMA.

Em outras palavras, o estabelecimento de requisitos a serem preenchidos para que as mulheres possam recorrer à GS se dá para que seu uso não seja banalizado. Assim, a GS é disponibilizada quando necessária à realização do projeto parental, e não simplesmente por uma questão de escolha desmotivada da mulher. Contudo, considerando que os homens sozinhos, ou casais formados por dois homens, não são passíveis de procriar naturalmente, ou de gestar – não sendo este um efeito esperado em relação aos homens – recorrer à GS não seria, em nenhuma hipótese, mera banalidade. Ao contrário, seria o único meio possível para que esses homens tivessem filhos através da PMA.

Ademais, por essa razão, entende-se que faz certo sentido que assim seja determinado em relação às mulheres, mas em relação aos homens, seria inadequada a vedação formulada pela lei, não havendo argumentos jurídicos existentes na legislação portuguesa, além de argumentos morais e preconceituosos para afastá-los,

Ao contrário, ao longo do presente estudo é possível concluir, a partir do que restou demonstrado, que há a compatibilidade da inclusão dos homens, desacompanhados de uma mulher, na categoria de beneficiários com o superior interesse da criança, com a dignidade da pessoa humana, com o direito de constituir família e com o livre planeamento familiar. É possível constatar ainda mais profundamente que além da inclusão de homens sozinhos e casais de homens que vivam em união estável ou casamento ser compatível com os princípios constitucionais, a exclusão desses homens do rol de beneficiários da PMA, quando sozinhos, ou em virtude de restarem desacompanhados de uma mulher afronta alguns desses princípios e garantias constitucionais.

Vedar aos homens solteiros e casais de homens o direito de recorrer às PMA, pois sem poderem aceder à gestação de substituição não teriam êxito em seu projeto parental, até poderia ser justificável, desde que às mulheres em iguais condições, ou seja, mulheres sozinhas e casais de mulheres, não fosse assegurado ao acesso a procriação com uso de útero alheio, a partir da GS. A vedação que se faz, portanto, exclusivamente aos homens acaba por determinar real descompasso com o princípio da igualdade, com a igualdade de gênero e com a proibição da discriminação, eis que em última análise se determinado homem estivesse casado com uma mulher, seria a ele assegurado o direito de ser pai de uma criança advinda de PMA, nascida a partir de seu próprio material genético.

Todavia, se esse mesmo homem for solteiro, for casado ou viver em união de facto com outro homem, só poderá, em princípio, realizar seu projeto parental através da adoção, sendo-lhe impedido, por exemplo, ter um filho biologicamente seu. Isso porque, não tendo a seu lado uma mulher, a única forma de ter um filho biologicamente seu seria recorrendo à GS, o que lhe é proibido, pelo simples fato de não ser mulher e nem ter a seu lado uma mulher.

Supostos problemas, eventualmente apontados como decorrentes de certos fatores, a exemplo do nascimento de crianças em famílias monoparentais, no caso da PMA ser utilizada por pessoas sozinhas, ou até mesmo relativas a utilização da PMA relacionadas a orientação sexual dos beneficiários, foram superadas em relação às mulheres, na medida em que a esse grupo, qual seja, de mulheres sozinhas e casais de mulheres, às técnicas de PMA são de livre acesso, seja quando a mulher engravida a partir das mais variadas técnicas de fertilização, seja quando, sendo sozinha ou vivendo em casamento ou união de facto com outra mulher tem na GS a possibilidade de realização de seu projeto de maternidade.

É possível assegurar, portanto, que circunstâncias relacionadas ao surgimento de famílias monoparentais e orientação sexual dos beneficiários não seriam suficientes, tampouco justificáveis à exclusão dos homens da qualidade de beneficiários da LPMA, nela estendida a GS.

A vedação de acesso regular por parte de homens sozinhos e casais de homens à GS, enquanto todas as demais pessoas, compreendidas por casais heterossexuais, casais de mulheres e mulheres sozinhas podem livremente planejar e realizar seu projeto parental acabou por determinar que atualmente nasça a problemática a respeito desses homens, no anseio de realizarem seu desejo de serem pais, terminam por recorrer a utilização da GS no exterior.

A migração ou turismo reprodutivo, como vem sendo reconhecido esse fenômeno constitui inúmeras preocupações, que dados os limites dessa pesquisa não puderam ser abordados, tais como as condições em que os contratos de gestação de substituição são celebrados.

Mas as dificuldades ainda superam as preocupações a respeito do tema, especialmente em relação aos entraves relativos ao reconhecimento dos vínculos parentais entre aquele que desejou e realizou seu projeto parental e a criança então nascida. Apesar de viável a constituição do vínculo parental, a utilização da GS no exterior apresenta certa insegurança jurídica, principalmente para a criança, de modo que a inclusão dos homens solteiros e casais de homens no grupo de beneficiários, promovendo a regulamentação do tema, além de diminuir desgastes dessa natureza, traria para o bebê efetiva proteção jurídica em matéria de direitos advindos do reconhecimento de sua filiação.

Com vistas a conferir efetiva segurança jurídica aos bebês nascidos, eventualmente, a partir de gestação de substituição, também restou evidenciado que a ampliação do rol de beneficiários para a inclusão de homens sozinhos e casais de homens, não determinaria a necessidade de criação de uma nova forma de filiação.

Do mesmo modo que é possível o estabelecimento de filiação das mulheres que não geraram a criança, e por isso não tiveram uma interação intrauterina com elas, e nem forneceram seu material genético (ausente o vínculo biológico), mas que seus companheiros ou maridos forneceram (possuindo vínculo biológico) seria possível o reconhecimento da paternidade ao casal de homens em que somente um deles forneceu o sêmen para o desenvolvimento do feto, através do critério volitivo determinante para a constituição do vínculo (assim como nos casos de adoção).

Da mesma forma, nos casos em que mulheres sozinhas recorrem a gestação de substituição, faltante a interação intrauterina, é possível o reconhecimento da maternidade, desde que observado o requisito legal, consoante o que determina o art. 8º, nº4 da LPMA, de que tenha sido utilizado seu próprio óvulo, seria possível, nos mesmos termos, assegurar que homens sozinhos realizassem seu projeto parental, tornando-se pais através da utilização da LPMA, a partir da GS, ocasião em que seria utilizado seu próprio material genético.

É possível concluir, sem muito esforço, que um casal heterossexual ou um casal de duas mulheres que se depare com dificuldades para que a mulher (na hipótese do casal heterossexual) ou ambas as mulheres (na hipótese do casal de mulheres) possam gestar

seu futuro filho, poderão manter seu projeto parental com o nascimento de um filho a partir da utilização da Gs, desde que qualquer um deles tenha contribuído com material genético para tanto.

Em outras palavras esses casais, e da mesma forma as mulheres sozinhas, não têm, na impossibilidade de gestar, real impossibilidade de gerar seus filhos biológicos, porque a eles é outorgado pela lei, o direito de gestar seus filhos em úteros alheios.

No entanto, aos homens sozinhos e aos casais de homens, ou seja, aos homens desacompanhados de mulheres esse mesmo direito: a possibilidade de gerar filhos biológicos em úteros alheios é ceifada, sem qualquer razão jurídica que se sustente.

Assim, a partir da investigação proposta na presente dissertação, mostrou-se não somente exequível, mas necessária, a permissão do acesso aos casais de homens e aos homens, independente de seu estado civil e respectiva orientação sexual, às técnicas de PMA e a GS, com sua inclusão na categoria de beneficiários na LPMA.

Referências Bibliográficas

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. 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*, Lisboa, n. 2, v. 41, p.655-713. 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, n. III, ano 67. 2007. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>> Acesso em 23 jun. 2020.

_____. Direito e Bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 51, n. II, p. 429-458, jun. 1991.

_____. Pessoas, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Periodicidade Semestral, nº1 e 2, Coimbra: Coimbra Editora, p. 9-31. 2009.

BARBAS, Stela. Investigação da Filiação. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.) *Estudos de Direito da bioética*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. In. PREREIRA, Tânia da Silva; Coltro, Antônio Carlos Mathias; OLIVEIRA, Guilherme (Org.) *Cuidado e Afetividade: Projeto Brasil/Portugal - 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, nº17, p. 105-138, jan./jun.2011.

<[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_\(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_da_s_relacoes_homoafetivas_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_da_s_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf)> Acesso em 16 abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, p.158. 1999.

BORNSTEIN, Marc H; SUWALSKY, Joan T. D. *Risco e resiliência na adoção: Um estudo longitudinal de crianças adotadas em circunstâncias ótimas*. In. MATIAS, Manuel; PAULINO, Mauro (Coord.). *A Criança no processo de adoção: Realidades, desafios e mudanças*. Estoril: Primebooks, p. 160-179. 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de; SOARES, Rogério Ehrhardt. A família em Direito Constitucional Comparado. *Relatório Geral das Jornadas Turcas da Association Henri Capitant*, p.5-20. 1988.

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador: ou a Onnipotência do Sujeito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 66, n. III. 2006. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>> Acesso em 01 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família: Introdução Direito Matrimonial*, v. I. 5ª Ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: I Parte Geral*, tomo I. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2007.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Art. 9º - Direito de Contrair Casamento e de Constituir Família. In. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (Coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, p. 129-137. 2013.

_____. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão Crítica*. 2ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2011.

_____. Homoafectividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal. In. DIAS, Maria Berenice. PINHEIRO, Jorge Duarte (Coord.). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Editora Magister, p.24-38. 2008.

_____. Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A). In. ASCENSÃO, José de Oliveira. (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. II. Coimbra: Almedina, p. 93-112. 2005.

_____. Relance Crítico sobre o Direito de Família português. In. OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Textos de Direito da Família*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

CORTE-REAL. Carlos Pamplona; ESMERALDO, Jéssica Souza. O Direito da Família: biologismo versus afetividade. *Revista de Direito Civil*, Lisboa, n.2, ano 4, p. 277-295. 2019.

COUTINHO, Diana Sofia A. *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestaçã o de Substituiçã o*. Available from: VitalSource Bookshelf, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

CRICENTI, Giuseppe. I Diritti sul corpo. In. Publicazioni del Dipartimento di *Scienze Giuridiche. Università degli Studi di Roma*. La Sapienza, 18. Napoli: Jovene Editore, 2008.

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018.

DAVIES, Miranda (Ed.). *Babies for sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*. London: Zed Books, p. XIII-XV. p.1-15. 2017.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DIAS, Maria Berenice. “Homoafetividade e o direito a diferença”. Artigos, IBDFAM, set. 2007. Disponível em: <[_____. *Manual de Direito das Famílias*, 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.](https://ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Excepcionar%20onde%20a%20lei%20n%C3%A3o%20distingue%20%C3%A9%20forma%20de%20excluir%20direitos.&text=Em%20face%20do%20sil%C3%Aancio%20do,do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.>Acesso em 01 mai. 2021.</p></div><div data-bbox=)

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*, 29ª Ed. 2012.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial): Direito Civil Internacional*, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003.

EMMERSON, Glenda. “Surrogacy: Born for Another”. *Research Bulletin*, n.8/96, INSS 1324-860X. Brisbane: Queensland Parliamentary Library, 1996.

ESTIN, Ann Laquer. Families Across Borders: The Hague Children's Conventions and the Case for International Family Law in the United States. *Florida Law Review*, University of Florida, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Novos modelos de entidades familiares. In. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. (Coord.). *20 anos do Código Civil: relações privadas no início do século XXI*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O reconhecimento da Filiação constituída no estrangeiro. In. AA.VV. *Temas de Direito e Bioética: Novas questões do Direito da Saúde*, v. 1, p. 7-32. 2018.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: Primeira Parte, primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Trad. Célia Aparecida Martins. Petrópolis: Editora Vozes. 2013.

KLEIN, Renate. *Surrogacy: A Human Rights Violation*. Australia: Spinifex Press, 2017.

LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. A função da boa-fé objetiva no conflito de parentalidade decorrente da gestação de substituição. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, n. 4, p. 755-781. 2020.

LOUREIRO, João Carlos. Há mais vida para além da letra: a questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei de procriação medicamente assistida. *Revista Portuguesa de Bioética. Caderno de Bioética*. Coimbra, n.11, p. 273-293, jun.2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freita Dabus. O Curso de Direito de Família, 3ª Ed. (Revisada e Atualizada). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARIANO, João Cura. O Direito de Família na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português: uma breve crónica. *Revista Julgar n. 21*. Coimbra Editora, p. 27/45, 2013. Disponível em: <<http://julgar.pt/o-direito-de-familia-na-jurisprudencia-do-tribunal-constitucional-portugues/>> Acesso em 04 out. 2022.

MARTINS, Rosa Cândido. Art. 24 – Direito das Crianças. In. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (Coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, p. 298-311. 2013.

MASTROPETRO, Barbara. Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa. *Il Diritto di Famiglia e dele persone: Rivista Trimestrale*, v. XXXIV, nº 4, p. 1.379-1.420, ottobre/dicembre. 2005.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Gestação de Substituição (uma leitura da lei portuguesa 25/2016. Comparações com a regulamentação brasileira)*. São Paulo: Editora IASP, 2017.

MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ*. Rio de Janeiro, n. 52, abr./jun. p. 71/91, 2014.

_____. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 66, out./dez., p. 95/107. 2017.

MIRANDA, Jorge. Sobre a relevância Constitucional da Família. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. P. 149/160, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Um ano histórico para o direito de família. *Editorial à Civilistica.com*. Rio de Janeiro, n. 2, ano 5. 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/um-ano-historico-para-o-direito-de-familia/>>. Acesso em 18 de ago. de 2022.

NAVARRO, Pablo Pérez. *Só geraras para o casal heterossexual*. Lisboa, p. 47, 17 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/32479693/Só_gerarás_para_o_casal_heterossexual> Acesso em 06 set. 2022.

NEVES, Maria do Céu Patrão. A infertilidade e o desejo de procriar: perspectiva filosófica. In: *A ética e o direito no início da vida humana*. Coord. NUNES, Rui; e, MELO, Helena Pereira de. Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 75-97. 2001.

_____. Mudam-se os tempos, manda a vontade o desejo e o direito a ter um filho. In. ASCENSÃO, José de Oliveira. (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. III. Coimbra: Almedina, 2009.

NOVAES, Simone. Femmes, *Bioéthique et Droits*. *Journal International de bioethique*, v. 3, nº 3, p. 163-167, setembro. 1992.

OLIVEIRA, Guilherme de. Critérios Jurídicos da Parentalidade. In. OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Textos de Direito da Família: Para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 271-306. 2016.

_____. Direito Civil em face das Novas Técnicas de Investigação Genética. *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, INSS 1575-8427, p. 149-162. 2006.

_____. *Estabelecimento da Filiação*. Lisboa: Petrony, 2019.

_____. Transformações do direito da família. In. AA.VV. *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 763-779. 2004.

_____. Um Direito da Família Europeu? (play it again, and again... Europe!). In. AA.VV. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra: Um código civil para a Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 117-126. 2002.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, n. III. ano 49, p. 767-791. 1989.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só ~~uma~~ duas!* O Contrato de Gestação. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Curso de Direito Civil*, v. I. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito Civil: Família*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*. Lisboa: Almedina, 1999.

PACHÁ, Andréa. *A vida não é justa*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da Família*. 3ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

_____. Gerar uma Criança para outros: do *ghetto* e do *gineceu* à afirmação da igualdade de género e dos direitos das crianças. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.3, ano 4, p.1585-1616, 2018.

_____. O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição (a propósito da decisão do tribunal pleno de 24 de janeiro de 2017, *paradiso et campanelli c. italie*, queixa nº 25358/12). *Revista Julgar* n. 32. p. 261/287, 2017. Disponível em: <<http://julgar.pt/o-conceito-de-vida-familiar-na-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-dos-direitos-do-homem-face-a-turismo-reprodutivo-e-maternidade-de-substituicao/>>. Acesso em 11 set. 2022.

_____. Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. *Revista Julgar* p. 1/25, 2017. Disponível em: <<http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>>. Acesso em 21 set. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da família*. P.157. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná – UFPR). Curitiba, 2004.

PEREIRA, Rui Alves. Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o princípio da audição da criança. *Revista Julgar*. Lisboa, set., p. 1-15, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte. A Necessidade da Lei de Procriação Medicamente Assistida: Lei nº32/2006, de 26 de julho. In. CORDEIRO, António Menezes (Coord.) *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, v. I. Coimbra: Almedina, p. 201-214. 2008.

_____. Critério Biológico e Critério Social ou Afectivo na Determinação da filiação e da Titularidade da Guarda dos Menores. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, n. 9, ano 5, jan./jun. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Estudos de direito da família e das crianças*. Lisboa: AAFDL Editora, 2015.

_____. Mãe Portadora. In. ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*, v. II. Coimbra: Almedina, p. 323-344. 2008.

_____. Novos pais e novos filhos: sobre a multiplicidade no Direito da Família e das Crianças. In. SILVA, Heraldo de Oliveira; GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.). *I Congresso Luso Brasileiro de Direito*. Coimbra: Almedina, p. 173-182. 2014.

_____. *O direito da Família Contemporâneo*, 6ª Ed. 1º Reimpr. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

_____. O Direito da Família sem fronteiras. In. FAZENDA, Maria Helena. (Dir.). *O Direito Internacional da Família*, tomo I. Centro de Estudos Judiciários, p. 50-58. 2014

_____. O Estatuto do cidadão do homossexual no direito da família. In. AA.VV. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra: Almedina, p. 377-390. 2013

_____. Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal. In. OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Textos de Direito da Família: Para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 347-366. 2016.

PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Internacional Privado (artigos 14º A 24º do Código Civil). In. CORDEIRO, António Menezes (Coord). *Código Civil: Livro do cinquentenário II*. Coimbra: Almedina, p. 245-272. 2019.

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. Primeiras notas sobre a Lei portuguesa de procriação medicamentem assistida (Lei nº32/2006 de 26 de julho). *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3, n.6, p.89-104. 2006.

RAPOSO, Vera Lúcia. A parte gestante está proibida de pintar as unhas: direito contratual e contratos de gestação, In: NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coord.). *Atas do Seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto: FDUP/CIJE, p. 169-188, 2017.

_____. De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. In. OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico*, n.10. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. Em nome do pai (...da mãe, dos pais, e das duas mães): análise do art. 6º da Lei nº32/2006. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 4, n.7, p.37-51. 2007.

_____. Quando a cegonha chega por contrato. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n. 88, mar., p. 26-27. Lisboa, 2012.

_____. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). *Revista do Ministério Público*. Lisboa, n. 148, ano 38, p. 9-48, jan./mar. 2017.

REIS, Rafael Vale e. Gestação de Substituição: Soluções Portuguesas numa perspectiva transnacional. In. ANTUNES, Maria João; LOPES, Dulce (Coord.) *Gestação de substituição: perspectivas internacionais*. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, abr. 2021.

_____. *Procriação Medicamente Assistida: Gestação de Substituição, Anonimato do Doador e Outros Problemas*, 1ª Ed. Coimbra: Gestlegal, 2022.

REMOALDO, Paula Cristina Almeida. O passado, o presente e o futuro do planeamento familiar em Portugal. *Revista de Demografia Histórica*, XIX, n. I, segunda época, p.139-155. 2001. Disponível em: <<http://repositorium.uminho.pt/bitstream/1822/23021/1/O%20Passado%2C%20o%20presente%20e%20o%20futuro%20do%20planeamento%20familiar.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2022.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “Breve Análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores”. In: ANTUNES, Maria João; SILVESTRE, Margarida (Coord.). *Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal?* – Colóquio Internacional de 22 de junho de 2018. Coimbra: Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, p. 25-42. 2018.

RIBEIRO, Jorge Martins. *O Direito do homem a rejeitar a paternidade de filhos nascidos contra a sua vontade: igualdade na decisão de procriar*, 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

RILKE, Rainer Maria. *Cartas a um jovem poeta*. (trad. Cláudia Dornbusch). São Paulo: Planeta do Brasil, 2022.

ROBERTSON, John A. *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n.2, dez. p. 49-67. 2001. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 21 set. 2022

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Superior Interesse da Criança. In. LEANDRO, Armando; Lúcio, Álvaro Laborinha; GUERRA, Paulo. (Coord.). *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 2010.

SÁ, Mafalda de. O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 15, n.30, p.89-104. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html>>. Acesso em 20 ago. 2022.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro”*: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Miguel Oliveira da. *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*: para um debate de cidadãos. Alfragides: Editorial Caminho, 2017.

SILVA, Nuno Ascensão. A maternidade de substituição e o direito internacional privado português. *Cadernos do Cenor: Centro de estudos notariais e registrais*. Coimbra: Coimbra editora, n. 3, p. 09-73. 2014.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*: e legislação complementar. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A noção da criança na lei e nas ciências sociais. *Boletim da Ordem dos Advogados*: Dia mundial da criança na ordem dos advogados, n. 127, jun., p. 9-11, 2015.

_____. Quem são os ‘verdadeiros’ pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Direito e Justiça*, v. 16, n.1, p. 191-241. 2002.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Do Direito da Família aos direitos Familiares: Para Francisco Pereira Coelho. In. OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Textos de Direito da Família*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARELA, Alberto Rodríguez. *Aproximación a la persona antes de nacer*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2006.

VARELA, Antunes. A inseminação Artificial e a Filiação perante o direito Português e o direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.15, ano 8, p. 1-35. 1993.

_____. *Direito da Família*, v. I, 5ª Ed (Revista, actualizada e completada). Lisboa: Livraria Petrony, 1999.

VENCESLAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VICENTE, Dário Moura. Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional. In. AA.VV. *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito Internacional e Direito da União Europeia, Direito Internacional Privado e Direito Marítimo, Direito Financeiro e Direito Fiscal*, v. V. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 606-626. 2012.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400-418, maio. 1979.

VILLAÇA, José da Cruz. Art. 1º - Dignidade do ser Humano. In. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (Coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 255/2018, processo n.º 183/17, 3.ª Secção, Relatora Conselheira Maria José Rangel de Mesquita.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, processo n.º 829/2019, Plenário, Relatora Conselheira Joana Fernandes Costa e Conselheiro Claudio Monteiro.

European Court of Human Rights, Labasse c. France – 65941/11, n.º 175, Section V, juin 2014.

European Court of Human Rights, Mennesson c. France – 65192/11, n.º 175, Section V, juin 2014.

European Court of Human Rights, Oliari and Others v. Italy – 18766/11 and 36030/11, n.º 187, Section IV, July 2015.

European Court of Human Rights, X and others v. Austria – 19010/07, n.º 160, February 2013.