

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 3

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)  
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

## TOMO 1

---

M. Januário da Costa Gomes  
13-44 Editorial

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- 
- Alexandre Libório Dias Pereira  
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?  
*Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?*
- 
- Alfredo Calderale  
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese  
*Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition*
- 
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas  
85-133 Sobre a liquidação de fundações  
*On the liquidation of foundations*
- 
- André Moreira Simões  
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A  
*Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts*
- 
- António Barroso Rodrigues  
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna  
*In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics*
- 
- António Menezes Cordeiro  
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local  
*Horizontal property and holiday rentals*
- 
- António Pedro Barbas Homem  
277-296 Legitimidade na revolução de 1820  
*The legitimacy of the 1820 Revolution*
- 
- Aquilino Paulo Antunes  
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?  
*Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?*
- 
- Augusto Teixeira Garcia  
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação  
*Trademark: Revocation for non-use and renewal*

- 
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**  
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional  
*An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities*
- 
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**  
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares  
*On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits*
- 
- 443-466 **Catarina Salgado**  
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios  
*Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies*
- 
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**  
A escolha de lei tácita: alguns problemas  
*Tacit choice of law: difficulties it raises*
- 
- 497-512 **Dário Moura Vicente**  
Desinformação, liberdade e responsabilidade  
*Disinformation, freedom and liability*
- 
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**  
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade  
*Personality Rights Academic Report*
- 
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**  
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório  
*Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition*
- 
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**  
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?  
*Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?*
- 
- 635-668 **Evaristo Mendes**  
Sociedades preliminares e sociedades em formação  
*Companies Before Incorporation*

---

**Filipe A. Henriques Rocha**  
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais  
*Arbitration of personal data disputes*

---

**Filipe de Arede Nunes**  
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares  
*On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes*

## TOMO 2

---

**Flávio Tartuce**  
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão  
*Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão*

---

**Francisco A. C. P. Andrade**  
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?  
*Software agent's defects of will?*

---

**Francisco Mendes Correia**  
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa  
*A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition*

---

**Francisco Paes Marques**  
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional  
*Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy*

---

**Gonçalo Aleixo Nunes**  
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente  
*The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor*

---

**Henrique Marques Candeias**  
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção  
*The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention*

---

**Hugo Ramos Alves**  
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão  
*Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine*

---

**Isabel Alexandre**  
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação  
*Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*

- 
- Isabel Graes**  
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu  
*The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant*
- 
- Ivanildo Figueiredo**  
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão  
*Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão*
- 
- J. P. Remédio Marques**  
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual  
*Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights*
- 
- Jaime Reis**  
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática  
*The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations*
- 
- Joana Costa Lopes**  
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital  
*The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era*
- 
- João de Oliveira Gerales**  
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé  
*On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See*
- 
- João Maurício Adeodato**  
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)  
*Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)*
- 
- Jones Figueirêdo Alves**  
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão  
*Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão*

- **Jorge Miranda**  
1307-1314 A Constituição e a língua  
*The Constitution and the portuguese language*
- **José Alberto Vieira**  
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica  
*Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship*
- **José Ferreira Gomes**  
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas  
*The effectiveness of declarations to legal persons*
- **José Luís Bonifácio Ramos**  
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio  
*Airbnb or Short-Term Rental and Condominium*
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**  
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão  
*Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts*
- **Luís de Lima Pinheiro**  
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem  
*Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration*
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**  
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*  
*The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)*
- **M. Januário da Costa Gomes**  
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão  
*“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão*

## TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**  
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)  
*“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)*

- 
- Marco Caldeira**  
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras  
*The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments*
- 
- Margarida Silva Pereira**  
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro  
*Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law*
- 
- Maria Raquel Rei**  
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento  
*Mandate to assist the vulnerable*
- 
- Marta Boura**  
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado  
*The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party*
- 
- Miguel de Lemos**  
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica  
*Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study*
- 
- Miguel Teixeira de Sousa**  
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas  
*On the powers of the court in labor proceedings: some remarks*
- 
- Míriam Afonso Brigas**  
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas  
*Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes*
- 
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**  
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva  
*Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle*
- 
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**  
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*  
*The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris*

- 
- Paulo Marques**  
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal  
*Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings*
- 
- Pedro de Albuquerque**  
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)  
*The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)*
- 
- Pedro Romano Martinez**  
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)  
*Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)*
- 
- Renata Oliveira Almeida Menezes**  
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado  
*The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest*
- 
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**  
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem  
*The new European digital identity. A first approach*
- 
- Rui Pinto**  
1969-1991 A execução de condenações implícitas  
*The enforcement of implied condemnatory judgments*
- 
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**  
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal  
*On piercing the corporate veil in the criminal realm*
- 
- Silvio Romero Beltrão**  
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade  
*The future of personality rights: the value of human person in society*
- 
- Susana Antas Videira**  
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos  
*Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements*

- \_\_\_\_\_ **Teresa Quintela de Brito**  
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*  
*Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs*
- \_\_\_\_\_ **Thomas Hoeren**  
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre  
*Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit*
- \_\_\_\_\_ **Tiago Henrique Sousa**  
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva  
*Acquisition a non domino an execution sale*
- \_\_\_\_\_ **Tong Io Cheng**  
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada  
*Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property*
- \_\_\_\_\_ **Vítor Palmela Fidalgo**  
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*  
*Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?*

## TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- \_\_\_\_\_ **Maria João Estorninho**  
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- \_\_\_\_\_ **Paulo de Sousa Mendes**  
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- \_\_\_\_\_ **Pedro Pais de Vasconcelos**  
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

# Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro

## *Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law*

---

Margarida Silva Pereira\*

**Resumo:** O objetivo deste estudo é fazer uma aproxima a a questões jurídicas que a gesta o de substitui o coloca. O Tribunal Constitucional reconheceu a relevância constitucional positiva da gesta o de substitui o, mas vários dos aspetos dos seus contornos jurídicos suscitam questões jurídicas complexas. Centramo-nos nos Direitos das Crianças. O seu direito à identidade não foi reconhecido pela Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro.

A impossibilidade de estabelecimento da filia o   nascença é muito problemática. Também o   a falta de registo. O estudo procura demonstrar a necessidade de ser possível estabelecer a filia o logo após o nascimento, bem como de encontrar um mecanismo jurídico que permita o estabelecimento da filia o para, ao menos, um dos membros do casal comitente, nos casos em que a gestante decide não renunciar à maternidade. Os mecanismos legais para materializar

**Abstract:** The aim of this study is to approximate the legal issues that surrogate motherhood raises. The Constitutional Court has recognized the positive constitutional relevance of surrogacy, but several aspects of its legal contours raise complex legal issues. We focus on Children's Rights. Their right to identity has not been recognized by Law 90/2021 of December 16th.

The impossibility of establishing parenthood at birth is very problematic. So is the lack of registration. The study seeks to demonstrate the need to establish parenthood at birth, as well as to find a legal mechanism that allows the establishment of parenthood for at least one of the members of the commissioning parents, in cases where the surrogate decides not to hand over the child. The legal mechanisms to materialize this establishment must, it is argued, be defined and enshrined in law. Multiparenting is a possible way to solve some of the problems raised.

---

\* Licenciada, mestre e doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Centro de Investiga o de Direito Privado. Texto entregue para publica o em 28 de fevereiro de 2023.

esta transferência devem, sustenta-se, ser definidos e plasmados na lei. A multiparentalidade é um modo possível de resolver alguns dos problemas equacionados.

**Palavras-chave:** subrogação; direito à identidade; superior interesse da criança; pais de intenção; gestante; procriação medicamente assistida.

**Keywords:** surrogacy; right to identity; child's best interest; commissioning parents; surrogate; assisted procreation.

**Sumário:** 1. Introdução. Os caminhos desencontrados sobre a legitimidade do instituto da gestação de substituição que a lei e a doutrina enfrentam. 2. Portugal, um país determinado/obstinado na dinâmica legiferante da sub-rogação. 3. Tópicos da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, em análise. 4. Do estabelecimento da filiação em casos de gestação de substituição: as omissões da Lei n.º 90/2021 a este respeito. 5. A natureza do prazo de registo e a sua inaptidão para consubstanciar um prazo de reflexão adequado. 6. Desconsideração dos Direitos das Crianças que assim emerge: privação do direito à identidade da criança. 7. O entendimento do Direito Internacional sobre a questão do direito à identidade. 8. As situações problemáticas que podem ocorrer quanto ao estabelecimento da filiação de criança nascida por gestação de substituição. 9. Consequência de ordem jusfamiliar da ausência de identidade. Não reconhecimento efetivo, à criança recém-nascida por gestação de substituição, do direito à família. 10. ... e logo, indefinição de consequências importantes em matéria jusfamiliar. 11. O estabelecimento da filiação nos casos em que a gestante renuncia. 12. O estabelecimento da filiação nos casos em que a gestante não renuncia à maternidade. 13. O estabelecimento da filiação a benefício do comitente masculino nos casos em que o material genético utilizado não lhe pertence. 14. A relação da dadora de material genético comitente com a criança, nos casos em que a gestante não renuncia. 15. Um novo instituto de relação familiar aplicável à comitente doadora do material genético quando a gestante não renuncia à criança? Ensaio de proposta. 16. Mais além? Possível caminho jurídico rumo à multiparentalidade como forma de conciliar o direito à identidade da criança durante o prazo de reflexão e os problemas que coloca. 17. O malgrado Decreto-Regulamentar previsto pelo artigo 5.º da Lei n.º 90/2021. 18. O caminho posteriormente anunciado pelo legislador. Um Decreto, para que efeitos? 19. Conclusão.

## 1. Introdução. Os caminhos desconstruídos sobre a legitimidade do instituto da gestação de substituição que a lei e a doutrina enfrentam

I. As divergências sobre a legitimidade jurídica da gestação de substituição<sup>1</sup> são, por enquanto, inesgotáveis<sup>2</sup>. Há vozes absolutamente contrárias ao instituto, em nome de fundamentos vários, que se desenvolvem entre a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana *a se* e também a perspectiva feminista da salvaguarda da mesma dignidade, invocando os Direitos Humanos das Mulheres<sup>3</sup>. Outros autores propugnam a sua legitimação sem reservas, independentemente da onerosidade do procedimento, do género e da condição familiar dos destinatários (pessoas sós ou casadas ou unidas de facto)<sup>4</sup>. Mas há sobretudo quem a admita, embora sujeitando os requisitos de tal admissibilidade a critérios vários, umas vezes alternativos, outras, cumulativos: aqui se encontram as posições ecléticas e a invocação de razões pragmáticas, que os relativismos axiológicos sempre prodigalizam<sup>5</sup>.

II. Do ponto de vista estritamente jurídico, que sobretudo aqui importa, a gestação de substituição suscita questões atinentes ao estabelecimento da filiação

---

<sup>1</sup> Relativamente à qual se usa neste estudo a identificação hodierna: um contrato, celebrado entre uma pessoa, duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo (o comitente ou comitentes) e uma mulher que gerará uma criança com material genético que lhe não pertença, a fim de, em princípio, e de acordo com regras a definir pelas várias ordens jurídicas, entregar a criança gerada aos primeiros. No caso da lei portuguesa, como se verá no presente estudo, à gestação de substituição apenas acedem, gratuitamente, casais heterossexuais e a pertença do material genético de um deles tem de se verificar, havendo imposição de um período de reflexão da gestante depois do parto para decidir da entrega da criança aos comitentes. Uma definição mais genérica e por isso englobante de outras situações (sub-rogação onerosa, sem período de reflexão...) muito recente do instituto encontra-se em Susanne Gössl/Anne Sanders, *Die Legalisierung der Leihmutterchaft – Vorschläge für die familienrechtliche Regelung in Deutschland*, “Juristenzeitung” 10/22, pp. 492-501 (492).

<sup>2</sup> Algo que bem se compreende, dada a complexidade do instituto. Nas suas primícias em Portugal, Oliveira Ascensão reconhecia a amplitude do conceito; a gestação de substituição é um conceito amplo que “ultrapassa o domínio da PMA”, já que não é condição necessária do fenómeno que se recorra a uma dessas técnicas. Para que se possa falar em contrato de gestação, “basta que uma mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem”. *A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*, *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2009, p. 42.

<sup>3</sup> Assim, sobre a questão, Rothman, B.K., *Feminism and the New Reproductive Technologies prepared for the Office of Technology Assessment*, U.S. Congress, June 1987.

<sup>4</sup> Consuelo Corradi, *Motherhood and the contradictions of feminism: Appraising claims towards emancipation in the perspective of surrogacy*, “Current Sociology”, Volume 69, Issue 2. Disponível em doi.org/10.1177/0011392120964910.

<sup>5</sup> Em perspectiva, Abby Brandel, *Legislating Surrogacy: A Partial Answer to Feminist Criticism*, “Modern Law Review” 488, 1995. Disponível em digitalcommons.law.umaryland.edu.

das crianças nascidas através deste procedimento, ao exercício de responsabilidades parentais sobre as mesmas durante o período de reflexão da gestante sobre o estabelecimento da maternidade em leis que, como a portuguesa, o imponham (artigo 8.º, n.º 10, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pela Lei n.º 90/2021, de 16 de outubro), sobre a exploração da gestante, a que a gratuidade do procedimento e o acautelamento dos seus direitos de personalidade durante a gestação visam obstar<sup>6</sup>. Os princípios da dignidade humana e do superior interesse da criança são aqui convocados de forma instante, enquanto absolutos<sup>7</sup>.

Pois à inevitável disseminação mundial da prática, que impede verdadeiramente o retrocesso total da gestação de substituição, aliam-se as invocações de critérios de justiça social de acesso em razão da posição social (são sobretudo pessoas bem apetrechadas financeiramente que podem recorrer). E discute-se ainda o seu acesso aos casais homossexuais ou a pessoas que pretendam constituir família monoparental; a determinação do prazo para a gestante outorgar o consentimento para renunciar à criança; a onerosidade ou gratuidade do negócio jurídico; a eventual intervenção judicial no procedimento de entrega da criança.

III. Não admira, logo pelo exposto, a atração da doutrina, bem como do legislador português, pela matéria. E, com efeito, desde os primeiros anos do século XXI, com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, *supra* citada<sup>8</sup>, as técnicas de procriação medicamente assistida acompanham, na nossa ordem jurídica, os avanços mundiais nesse domínio. Pois todos os novos processos de formação de embriões e todas as possibilidades de agregar material genético parcialmente heterólogo ao material de cada pessoa favorecem o incremento da tendência ancestral para o vínculo biológico da parentalidade.

E, sendo verdade que a gestação de substituição não se integra na categoria de tais técnicas, uma vez que implica a intervenção de uma mulher autora da gestação, ainda assim, não deixa de sofrer o influxo dos desenvolvimentos que vêm ocorrendo neste domínio.

---

<sup>6</sup> Sobre a analogia da gestação de substituição com um tipo de prostituição reprodutiva Andrea Dworkin, *Right-Wing-Women*, Perigee Books, 1983, p. 181.

<sup>7</sup> Perspetivados ambos, como bem vinca Vieira de Andrade a propósito da dignidade humana, não como produtos ideológicos, mas como potencialidades do ser humano que se vão atualizando nas ordens jurídicas concretas. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, p. 102.

<sup>8</sup> E apreciada, nas suas primícias, por José de Oliveira Ascensão, *A Lei n.º 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida*, “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 67 – Vol. III – Dez. 2007. Disponível em portal.oa.pt.

IV. Sempre a modernidade do tema, só por si, convidaria ao aparecimento de iniciativas legislativas<sup>9</sup>. A este fator da colocação da gestação de substituição na ordem do dia alia-se a circunstância de ela constituir a última fronteira a atravessar para a concretização da parentalidade por mulheres que não possam gerar e por casais ou pessoas singulares homossexuais masculinos; ou seja, aquelas pessoas que, definitivamente, as técnicas de procriação medicamente assistida não podem ajudar, enquanto não se concretizar a produção de úteros artificiais e, sobretudo, não forem dirimidos os muito complexos problemas jurídicos que a ectogénese convoca. Como a sintetiza Rafael Vale e Reis, trata-se de procedimento que possibilitará, admite-se que num futuro próximo

“...a gestação do feto fora do corpo da mulher, técnica que permitirá prescindir, total ou parcialmente, da gestante no processo biológico de surgimento de um novo ser humano.”<sup>10</sup>.

Por outro lado, a evidência da gestação de substituição como prática implantada a nível mundial e de um importante mercado de sub-rogação, que proporciona lucros muito avultados, facilitando o acesso profundamente assimétrico já referido (ou total falta de acesso, neste caso) não agiliza que o tema fique estagnado<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> O Direito da Família português tem assumido com recetividade novos institutos e soluções legislativas. Basta pensar no casamento de pessoas do mesmo sexo (Lei n.º 9/2010, de 31 de maio) no desenvolvimento das leis de união de facto (por último, nesta sede, a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto) e, recentemente, na abolição do prazo internupcial para que seja contraído novo casamento (Lei n.º 85/2019, de 3 de setembro). E, em sede de procriação medicamente assistida, a nova Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, que veio permitir a inseminação com sêmen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos. O repúdio da gestação de substituição invoca, muitas vezes, a necessidade de proteger as representações tradicionais da conjugalidade (formal ou informal) e da família. Cf. a propósito Elisa Hoven/Frauka Rostalski, *Zur Legalisierung der Leihmutterchaft in Deutschland*, “Juristenzeitung” 10/2022, pp 482-491 (487).

<sup>10</sup> Rafael Vale e Reis, *Procriação medicamente assistida. Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 47 e ss. O sistema desencadeará, por sua vez, complexos problemas ético-jurídicos, dos quais destacamos a interrupção da vida do feto e as situações em que a mesma venha a ser admitida.

<sup>11</sup> Jens M. Scherpe e Claire Penton Glynn, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, eds. Scherpe, Fenton-Glynn, Kaan, Intersentia, 2019, “Introduction”, p. 4. Reconhecem os autores, coonestando o que se afirma, que “O facto de os problemas que surgem [relativamente à gestação de substituição] se afigurarem imensos, e de que qualquer posição tomada a seu respeito poderá inevitavelmente ser criticada devido às suas imperfeições e falta de aptidão para lidar com todas as situações de subrogação não significa que os debates sobre as matérias em questão sejam fúteis – pelo contrário, torna-os ainda mais necessários.”

Ao desejo de acesso à parentalidade alia-se, por um lado, a alegação de um ainda pouco adensado direito a constituir família e um, menos sedimentado ainda, direito à parentalidade, favorecendo um discurso de legitimidade da gestação de substituição pouco firme nos argumentos, mas prolixo nas declarações de princípio. Direito à parentalidade este que, mau grado os princípios e valores em que se ancoram os direitos fundamentais – o princípio da dignidade da pessoa humana e o superior interesse da criança, para referir os que mais avultam no discurso legitimador da gestação de substituição – pode bem ancorar-se numa visão neo-liberal da instituição familiar. Como observa Castanheira Neves, é o liberalismo individualista a colocar-nos perante a questão

“... que nos põe perante a aporia última de todos os contratualismos e liberalismos radicais, tanto os modernos como os contemporâneos: pois se tudo parte e se funda nos interesses do indivíduo natural – pré-social, pré-ordenado e dessolidário – em recusa de todos os deuses (sejam eles eleutéricas transcendências ou valores trans-individuais), e em termos de nessa linha se dizer inclusivamente que acreditar em direitos fundamentais é o mesmo que acreditar nas bruxas (não sendo eles senão interesses e determinados por interesses), como constituir e fundamentar então o vínculo social, supra-individual e normativo?”<sup>12</sup>.

Nesta ótica, o direito a ser pai ou a ser mãe radicaria tão só na vontade de cada um; egoísta, centrada no seu titular, alheia aos valores e interesses dos outros; alheia aos direitos das crianças, alheia ao seu superior interesse.

## **2. Portugal, um país determinado/obstinado na dinâmica legiferante da subrogação**

I. Se algum país europeu se revela resiliente na obstinação em legislar sobre a matéria, esse país é, sem dúvida, Portugal.

As iniciativas legislativas sobre gestação de substituição têm sido, entre nós, pródigas. Desde 2016 que assistimos, nem mais nem menos, do que à vinda a lume de três diplomas. Destes, dois foram declarados inconstitucionais: a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e o Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República. O terceiro está em vigor, a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, mas é ainda um diploma insuscetível de aplicação, por carência de normas que, deliberadamente,

---

<sup>12</sup> Castanheira Neves, *Pessoa, direito e responsabilidade*, “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, 6, 1996, pp. 27 s.

o legislador entendeu deverem ter lugar noutra sede normativa, a qual ainda não veio à luz.

II. Na sua apreciação dos dois primeiros diplomas<sup>13</sup>, o Tribunal Constitucional reconheceu a *relevância constitucional positiva* da gestação de substituição.   esse o ponto de partida assente para o exame da Lei n.  90/2021, atenta a urgência de não descautelar os direitos das mulheres gestantes, das crianç as nascidas através de gestação de substituição, e, sem dúvida, da justiça com que se impõe ao Direito olhar para todos quantos assumam um projeto parental ao abrigo da legislação nacional que o admite: os homens comitentes, os eventuais companheiros das gestantes de substituição.   imperioso apur -la, tanto quanto possível, bem como o  , desvendar o trilho que está por cumprir na regulamentação que ela própria anunciou e ainda não foi cumprida<sup>14</sup>.

A discussão jurídica sobre a Lei n.  90/2021 é ainda pouco abundante<sup>15</sup>. Encontrou, na generalidade da comunidade jurídica, uma atitude silente<sup>16</sup>. A seu propósito, escreveu a autora que dedicou a primeira tese de doutoramento publicada após a entrada em vigor da Lei n.é 90/2021, ao concluir o seu texto:

“  positivo que tenha tomado [o legislador] uma posição, mas a complexidade da matéria e a segurança/proteção de todos os envolvidos exigiam outros cuidados que não foram considerados. Estamos certos que esta Lei ainda levantar  muita discussão, esperamos em expectativa os próximos passos.”<sup>17</sup>.

Esses passos tardam ainda. Será que caíram no esquecimento?

Mais de um ano depois dessa entrada em vigor célere, mas porque ainda incompleta, com destino indecifrável, afigura-se oportuno o seu o exame, perante a inusitada situação de permanecer ela, como dissemos, insuscetível de aplicação.

---

<sup>13</sup> No caso do primeiro, foi a fiscalização abstrata sucessiva que desencadeou a intervenção do Tribunal Constitucional. Quanto ao segundo, houve solicitação de fiscalização preventiva pelo Presidente da República. Sobre estas decisões: Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 4.  edic o, Lisboa, AAFDL, pp. 990-1018.

<sup>14</sup> Artigo 5 e Despacho. Parecer do Conselho Nacional de  tica para as Ciências da Vida *infra* citado.

<sup>15</sup> Refere-se a importância das dissertações de doutoramento de Diana Sofia Araújo Coutinho, *As Problemáticas e os Desafios Contempor neos em torno da Gestação de Substituição*, Coimbra, Almedina, 2022 e de Rafael Vale e Reis, *Procriação medicamente assistida...* cit.

<sup>16</sup> Foi, contudo, objeto de apreciação por Diana Araújo Coutinho, *As problemáticas e os Desafios...* cit., pp. 716 e ss.

<sup>17</sup> Diana Sofia Araújo Coutinho, *As Problemáticas e os Desafios...* cit., p. 725.

III. As considerações vertidas no presente estudo concentram-se: i) na problemática, não resolvida cabalmente pela Lei n.º 90/2021, do estabelecimento da filiação da criança ou crianças que nasçam; ii) do exercício das responsabilidades parentais durante o período de reflexão da gestante sobre a eventual entrega da criança; iii) e do estabelecimento cabal da filiação, caso esse arrependimento relativamente à entrega venha a ocorrer.

### **3. Tópicos da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, em análise. Afastamento do paternalismo jurídico pelo Tribunal Constitucional**

I. A aceitação da gestação de substituição pelo Tribunal Constitucional foi, como se afirmou já, uma aceitação de princípio: entendeu-a coerente com a autonomia pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade de todos os intervenientes, bem como com o princípio do superior interesse da criança, consagrado no artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>18</sup>.

O problema que se colocava em 2021 era o de procurar evitar que alguma disposição da nova lei inquinasse a autonomia da vontade e a dignidade humana na estruturação do regime jurídico da gestação de substituição. E, caso acontecesse, afastá-la.

Não se nos afigura que o tenha logrado.

II. É certo que, admitindo a relevância constitucional positiva da gestação de substituição, o Tribunal Constitucional arredou uma solução paternalista, que relevaria de outra conceção sobre o âmbito de proteção dos direitos das mulheres e das crianças<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, publicado no Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, pp. 1885 – 1979. Assim: “28... a intervenção no projeto parental dos beneficiários não se esgota no proveito para estes últimos, já que a própria gestante também retira benefícios para a sua personalidade, confirmando ou desenvolvendo o modo como entende dever determinar-se perante si e os outros. A sua gravidez e o parto subsequente são tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente de um ato de doação ou entrega, que, a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais, a eleva. (p. 1910).

É mais adiante: “29. Na verdade, se e na medida em que a gestante intervém em todo o processo de gestação de substituição no exercício da sua autonomia, tal dignidade não é afetada. Daí o dever de proteção assumido pelo legislador em relação à gestante no âmbito do regime jurídico que permite a celebração de contratos de gestação de substituição.” (p. 1912).

<sup>19</sup> Mas importa esclarecer que afastou o paternalismo jurídico *neste domínio específico*. Entendemos – embora seja temática a desenvolver noutra sede – que o paternalismo jurídico continua a impregnar

A opção   meritória.

Pois o paternalismo representa uma resposta possível do Direito aos casos em que este enfrenta pessoas que se encontram em situação de inferioridade por algum motivo<sup>20</sup>. Através dele, visa-se recompor a igualdade de oportunidades do coletivo. Mas esta recomposição vai demasiado longe a  onde não logra ser o mais objetiva possível. Ora, afastar a gestação de substituição porque as mulheres podem ser coisificadas como gestantes e por causa disso, ou perder vantagens de afirmação pessoal por esse motivo<sup>21</sup>, sendo uma verdade, não leva à inibição pura e simples do instituto. H a hipótese de isso não acontecer. A grande questão e o grande desafio consistem em urdir um regime jurídico que o evite e criar medidas sociais que

---

a Lei n.é 90/2021, no que respeita aos critérios que fundamentam o recurso   gestação de substituição, pois se trata de critérios que identificam a beneficiária com uma mulher incapaz de gerar. Esta opção releva do entendimento de que a privação de gerar por mulheres e só por elas corresponde a uma vulnerabilidade especialmente atendível enquanto critério do seu acesso à maternidade e do correspondente acesso à paternidade pelo seu c njugue ou companheiro.

A este propósito, Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família...* cit., p. 1021.

<sup>20</sup> Em palavras de Josep M. Vilajosana, o paternalismo representa “a intervenção coativa no comportamento duma pessoa com o fim de evitar que cause danos a si mesma”. *Moralizaci n del Derecho, Perfeccionismo y Sociedad Liberal*, “Revista Telem tica de Filosofía del Derecho”, n.  11, 2007/2008, pp. 145-179. O autor louva-se no entendimento de Garz n Vald ez, * Es  ticamente justificable el paternalismo jurídico?*, “Derecho,  tica y Política”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 361-37 (369).

<sup>21</sup> O cerne da promoção da afirmação das mulheres passa indefetivelmente por aqui.

Assim a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, artigo 5.é, que reza: “Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para: a) Modificar os esquemas e modelos de comportamento sociocultural dos homens e das mulheres com vista a alcanar a eliminação dos preconceitos e das práticas costumeiras, ou de qualquer outro tipo, que se fundem na ideia de inferioridade ou de superioridade de um ou de outro sexo ou de um papel estereotipado dos homens e das mulheres”.

E a Convenção de Istambul, no Preâmbulo: “Reconhecendo que a realização de jure e de facto da igualdade entre as mulheres e os homens é um elemento chave na prevenção da violência contra as mulheres;

Reconhecendo que a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que levou à dominação e discriminação das mulheres pelos homens, privando assim as mulheres do seu pleno progresso;”.

E o artigo 3.  c, paradigmaticamente: “‘g nero’ designa os papéis, os comportamentos, as actividades e as atribuic es socialmente construídos que uma sociedade considera apropriados para as mulheres e os homens”.

“Artigo 6 – Políticas sensíveis ao g nero

As Partes comprometer-se- o a incluir uma perspectiva de g nero na implementação e avaliação do impacto das disposições da presente Convenção e a promover e implementar eficazmente políticas de igualdade entre as mulheres e os homens e de empoderamento das mulheres.”.

indefiram a hipótese. Como observa Feinberg, afrontar o paternalismo legal implica reconhecer que

“...mesmo quando conjugado com outros princípios, ele tem, na melhor das hipóteses, uma conceção muito limitada de autonomia pessoal. Ainda que condizente com o reconhecimento do direito de autodeterminação da pessoa, subordina esse direito ao bem da pessoa.”<sup>22</sup>.

A opção do Tribunal Constitucional foi não subordinar a autonomia da gestante ao seu bem. Ao invés, demonstrou que são, no caso, coincidentes. Esta foi a égide do discurso fundamentador da sua posição.

III. Assim, de acordo com o Tribunal, a densificação do direito ao desenvolvimento da personalidade radica na escolha livre de gerar para outrem em circunstâncias atendíveis, no âmbito de um projeto parental; na autonomia financeira que se materializa em obrigatoriamente prescindir de remuneração; na autonomia durante a gravidez, não se sujeitando a regras impostas por terceiros; no direito a refletir sobre a entrega da criança após o parto, que exprime o direito a não prescindir do desenvolvimento da sua personalidade em nenhum momento<sup>23</sup>.

Era este o objetivo da nova lei<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution*, “The Notre Dame Law Review”, Volume 58, Issue 3, February 1983, pp. 445-492 (457).

<sup>23</sup> Ainda recentemente, Luísa Posada Kubissa rejeitou a gestação de substituição que seja excludente deste direito: “...não se pode apelar a uma autonomia da mulher gestante caso se lhe negue modificar a sua decisão. E não se pode, porque a autonomia não pode ser interpretada como algo que possa ser suspenso eventualmente. Isto seria tão contraditório como se pensássemos que um escravo libertado pode deixar de o ser em dado momento. Por outras palavras: Kant explicou-nos que ceder a liberdade e submeter-se à tutela e aos fins de outros não é uma opção, na medida em que atenta contra a dignidade e degrada a humanidade de cada um de nós. Não é uma questão suscetível de interpretação: a autonomia não pode cancelar-se temporalmente; deve atualizar-se em cada momento porque o consentimento informado é um processo e não meramente um resultado”. *Sobre los «vientres de alquiler», Debates y reflexiones desde la crítica feminista*, “Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad” Nº. 20, abril 2021 – septiembre 2021, pp. 186-198 (p. 193).

E sobre a gratuidade do contrato, rejeitou-a, argumentando (*Sobre los «vientres de alquiler»... cit.*, p. 196): “Independientemente de haver remuneração direta ou apenas pagamento para cobrir as necessidades próprias do processo, a capacidade reprodutiva da gestante converte-se em mercadoria que anula a identidade da mulher, reconduzindo-a a um meio, precisamente ser o recetáculo ou vasilha, tal como sucede na prostituição, em que é reduzida a um meio para a exploração sexual por parte de outros”.

<sup>24</sup> Recordar-se o Projeto de Lei n.º 71/XIV/1ª “Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição (Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)” da autoria de um conjunto

Mas sendo-o, fracassou de novo, desde logo, no que concerne ao respeito pelo direito à identidade da criança: no que respeita ao estabelecimento preciso da sua filiação e cometimento das responsabilidades parentais no período que medeia entre o nascimento e a decisão da gestante.

#### **4. Do estabelecimento da filiação em casos de gestação de substituição: as omissões da Lei n.é 90/2021 a este respeito**

I. Sabe-se que a gestação de substituição altera o paradigma jurídico da filiação, essencialmente, logo ao nível do estabelecimento da maternidade. Pois a mãe, nos termos do Código Civil, é a mãe biológica, entendendo-se por tal a mulher que d  à luz a criança, independentemente de a gerar com o seu material genético, algo que o artigo 10.é, n.  1, da Lei n.é 32/2006, de 22 de julho, alterada pela Lei n.é 17/2016, de 21 de junho, viabilizou<sup>25</sup>; a única alternativa admitida a este modelo jurídico, que implica a coincidência entre a gestante e a mãe, encontra-se na mesma lei de procriação medicamente assistida e  , nos termos da primeira parte do artigo 6.é, n.  1, da lei mencionada, o estabelecimento de maternidade também a favor da mãe não biológica nos casos de casais do mesmo sexo femininos<sup>26</sup>.

---

de deputadas e deputados do Bloco de Esquerda e do Projeto n.  247/XIV/1  “Garante o acesso   gestação de substituição, procedendo à sétima alteração   Lei n.é 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)”, da autoria de um grupo de deputadas e deputados do PAN. L -se: “O modelo português da gestação de substituição   constitucional (...), pelo que se deveria proceder à alteração do regime jurídico, conformando-o com o Acórdão do Tribunal Constitucional (...).”

E também o Projeto de Lei n.  247/XIV/1  “Garante o acesso   gestação de substituição, procedendo à sétima alteração   Lei n.é 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)”, da autoria de um grupo de deputadas e deputados do PAN: “(...)   urgente legislar, integrando as orientações jurisprudenciais fornecidas pelo Tribunal Constitucional, no caminho que mais e melhor assegure o exercício efetivo este direito.”

<sup>25</sup> Assim, l -se no preceito citado que   possível o recurso a “... ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gâmetas.”

<sup>26</sup> Assim, afirma o legislador neste caso que “Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges”. Nos casos de recurso por mulheres s s, a gestação compete-lhes, pela natureza das coisas.

II. Na gestação de substituição, a pré-compreensão jurídica da maternidade sofre uma modificação profunda. Se, por regra, o estabelecimento da maternidade gestacional decorria da natureza das coisas, não se vislumbrando qualquer alternativa, agora deixa-se de lado este dogma<sup>27</sup>. A mãe jurídica pode contribuir com o seu material genético para a formação do embrião, mas não experimenta a gravidez nem o parto; e nem por isso deixa de ser mãe<sup>28</sup>. Há quem lance mão desta realidade muito específica, que aqui se verifica, para sustentar a menor ligação afetiva da mãe jurídica com a criança. Porém, o dogma da conexão entre o feto materno (e também paterno), que tem imbricamento na tese que enfatiza a importância da gravidez experimentada por um dos membros do casal e vivida por ambos, perdeu razão de ser, a partir do momento em que se confrontou com os estudos que vieram a lume, negando a maior afetividade dos pais de crianças que nascem do seu material biológico face a outras crianças que, não o possuindo, são profundamente desejadas e acarinhadas. E perdeu-a em estudos sobre casos de gestação de substituição. Em boa verdade, também a adoção o comprovara já, muito antes dos desenvolvimentos científicos que permitem novas formas de gestação<sup>29</sup>. E, embora os nascimentos por gestação de substituição sejam mais confinados do que os que resultam das técnicas de reprodução medicamente assistida e tenham mesmo ocasionado, em muitas situações, controvérsias jurídicas complexas<sup>30</sup>, nem por isso deixam de depor, de forma expressiva, a favor desta realidade do feto não biologicamente sustentado<sup>31</sup>. É hoje reconhecido que muitas crianças nascidas por gestação de substituição recebem grande cuidado e carinho dos seus pais jurídicos.

III. E, no entanto, igualmente não se pode descurar a ligação que se estabelece entre a mãe gestante e a criança. A par de estudos que evidenciam que a ligação entre a gestante e o feto tende a repercutir-se, no pós-parto, numa relação forte com a criança, é igualmente verdade que as gestantes que tiveram uma relação

---

<sup>27</sup> Dogma que, em bom rigor, a mãe jurídica não gestante dos casais homossexuais femininos não alterou, pois que, nesse outro projeto parental, existirá sempre uma mãe gestante.

<sup>28</sup> A este propósito e neste sentido argumenta Hillgruber, *Gibt es ein Recht auf ein Kind?*, “Juristenzeitung” 2020, pp. 12-20 (12).

<sup>29</sup> Maria Clara Sottomayor, *Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos*, “Direito e Justiça”, Volume XVI, 2002, Tomo I, pp. 191-241 (194, 201, 240).

<sup>30</sup> Maria Margarida Silva Pereira, *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, “Julgar online”, janeiro de 2017, 1-17 (2). Disponível em julgar.pt.

<sup>31</sup> S. Golombok, *Modern Families: Parents and children in new family forms*. Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2015, p. 117.

psicológica ambivalente com o feto tendem facilmente a não se afeiçoarem de forma intensa ao recém-nascido<sup>32</sup>.

Desta diversidade complexa de situações resulta claramente a atenção casuística com que a posição da gestante após o parto e os respetivos direitos face   criança devem ser ponderados. Como recorda José González ilustrativamente, o procedimento complexo aqui em jogo convoca uma tri de feminina originária, única na gestação humana conhecida. Esta conduz “...à identificação de três mães: a *genitrix*, a *gestatrix* (a primeira com ligação genética, a segunda com – pelo menos – ligação afetiva e emocional) e a social ou jurídica.”<sup>33</sup>. E, se a dadora de material genético exógena ao contrato dispensa problematização neste contexto, pelo seu claro arredamento face   gestação de substituição, o mesmo não ocorre com as outras duas mulheres.

#### **4.1. A (brevíssima) resposta da Lei n.é 90/2021 quanto ao estabelecimento da filiação, tendo em conta os anátemas de inconstitucionalidade a que pretendeu obviar; e o problema que a mesma desencadeou**

I. Procurando erradicar os vícios de inconstitucionalidade apontados aos diplomas anteriores, a Lei n.  90/2021 impôs, como já afirmado, um prazo de reflexão   gestante para que decida, após o parto, se assumir  a maternidade<sup>34</sup>.

Com efeito, a nova versão dos n.às 9 e 10 do artigo 8.é da atual Lei n.é 32/2006, de 26 de junho, veio determinar que a filiação pelos comitentes só ocorre desde que a gestante não decida assumir a maternidade da criança gerada.

---

<sup>32</sup> Cf. Allison Eck, *Babies Rely on Mother’s Voice and Heartbeat To Develop Healthy Brain*’s, “Nova Text”, Tuesday 24, February, 2015. Disponível em pbs.org.

<sup>33</sup> Cf. José González, *Contrato de surrogacy: gestação de substituição*, “Repositório das Universidades Lusíada”, 2019, pp. 139-181 (149). Disponível em repositorio.ulusiada.pt.

<sup>34</sup> O Acórdão n.  225/2018 do Tribunal Constitucional, *supra* citado, mostrou-se, entendemos que muito bem, refratário   não dissociação entre a vontade da gestante quando celebra o contrato e o seu outro momento volitivo. Dever-se-  entender que entre o *earlier self* (a vontade, enquanto projeção da personalidade, da gestante no momento da celebração do contrato) e o *later self* (a vontade da gestante no pós-parto, caso seja a de não entregar a criança) existem diferenças juridicamente atendíveis.

O ponto não concita unanimidade. Feinberg adverte que nem todo o *eu* posterior tem um *quid* distintivo face ao primevo (*eu* anterior) fundamentador de atendimento, mas apenas e só, aquele – por outras palavras, aquela decisão, expressiva de vontade – que tenha experimentado uma mudança expressiva de valores básicos. É, sem dúvida, o caso vertente. *Autonomy, Sovereignty, and Privacy*... cit., p. 479.

Outra opção significaria displicência face ao *continuum* da personalidade, que é simultaneamente identidade e diferença, capacidade de evolução e mudança. Afirm -lo não releva de paternalismo, mas de respeito pelo direito à liberdade, em que o Tribunal Constitucional se sustentou.

A coerência fundamental com o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante impunha um período de reflexão pós-parto e a Lei n.º 90/2021 tentou cumpri-lo. A gestante pode ter admitido gerar e entregar a criança aos comitentes e posteriormente mudar de ideias. Se admitiu numa primeira fase prescindir do seu direito à maternidade, agora arrepende-se e quer ser a mãe. Tal sintoniza-se, do ponto de vista legal, com o disposto no artigo 70.º, n.º 2, do Código Civil: qualquer limitação aposta voluntariamente aos direitos de personalidade é revogável, posto que legal. A sintonia entre a Constituição e a lei civil é absoluta neste ponto.

Numa ótica contratualista geral (não identificadora deste contrato como pessoalíssimo), poderia argumentar-se pela fragilidade da solução em termos técnicos, pois que se revela, em rigor, incompatível com a ortodoxia do princípio da vinculatividade dos contratos, ou *conventio ex lege*, incrustado no artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil. Sem dúvida que sim. É a natureza específica da gestação de substituição enquanto realidade contratual que o justifica.

II. O prazo de registo está longe de ter sido claramente definido, e por inerência, isso acontece com o prazo de reflexão da gestante.

Nos termos da atual lei da gestação de substituição, e também de acordo com a iniciativa legislativa que esteve na égide da Lei n.º 90/2021<sup>35</sup>, o prazo era claramente identificado e correspondia a vinte dias. Era o prazo máximo para registar uma criança nascida em território português (artigo 96º, n.º 1, do Código do Registo Civil).

Com efeito, a versão inicial impunha o prazo de vinte dias:

“No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei, com exceção do disposto no seu n.º 5 sobre o consentimento livremente revogável, que, nos casos de gestação de substituição, pode ser livremente retirado pela gestante até ao prazo de 20 dias imediatos ao nascimento, devendo as unidades de saúde habilitadas a declarar o registo, no caso de o nascimento ter aí ocorrido, abster-se de efetuar a declaração, que tem de ser feita obrigatoriamente junto das conservatórias do registo civil, nos termos do disposto no artigo 96º, n.º1, do Código do Registo Civil.”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Assim, o Projeto de Lei 247/XIV/1 “Garante o acesso à gestação de substituição, procedendo à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida) (Texto inicial substituído a pedido do autor em 20-10-2020)”. Disponível em [parlamento.pt](http://parlamento.pt).

<sup>36</sup> DAR II Série A Número 21.

Mas l -se na versão alterada:

“No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como   intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos,   aplicável   gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.é da presente lei, com exceção do previsto no seu n.é 5 sobre o consentimento livremente revogável que nos casos de gestação de substituição pode acontecer, por vontade da gestante, até ao registo da crianç a nascida.”.

Esta versão final do diploma não tem a assertividade inicial. É certo que não vemos como afastar o período de reflexão, sob pena de consabida desconformidade constitucional. Mas a certeza e a seguranç a depõem no sentido de inequivocidade legislativa; e isso não aconteceu.

Se o perfil da gestante da Lei n.  25/2016 era o de uma mulher altruísta e an nima, por sua vez, o perfil da gestante da Lei n.  90/2021 é o de uma mulher altruísta e forçada a ter pressa desproporcionada: pressa para tomar decisões complexas, sem dúvida, das decisões mais difíceis que se podem congeminar.

Tem rosto a gestante, agora que o seu anonimato foi afastado, por haver sido considerado inconstitucional. Tem rosto, sim, mas é obrigada a ter muita celeridade na tomada de uma decisão dilemática; assim o determinou a Assembleia da República.

## **5. A natureza do prazo de registo e a sua inaptidão para consubstanciar um prazo de reflexão adequado**

I. Sucede que o registo civil é um serviç o a cuja criação preside o objetivo de definir e publicitar factos e atos relativos ao estado civil e à capacidade de todas as pessoas singulares.

Tem o intuito de facultar ao Estado, bem como aos particulares, através dos livros das repartições do Registo Civil, o conhecimento mais completo que seja possível obter acerca da situação que cada indivíduo ocupa na família e na sociedade.

E assim se entende que o registo civil tenha por natureza, nos países civilizados, uma indeclinável vocação de instantaneidade.

Ora esta vocação de instantaneidade e a correspondente curteza dos prazos requeridos para os atos sujeitos a registo não têm como se compatibilizar com um prazo relativo ao exercício de um direito ao desenvolvimento da personalidade e

que se correlaciona com os direitos fundamentais de uma criança, com o seu superior interesse. E é isso mesmo que está em causa quando uma mulher pondera se pretende ou não assumir a maternidade.

II. O prazo para registar uma criança sustenta-se na fé pública, na publicidade do nascimento e compatibiliza-se com o tempo adequado a dar corpo na ordem externa a uma realidade conhecida, a parentalidade. *Não é, portanto, o critério adequado a refletir sobre algo tão importante como a renúncia à maternidade e deveres correspondentes*; nem tem qualquer sentido usá-lo como ponto de comparação. Decisão de assumir maternidade e conhecimento público do nascimento são realidades distintas.

III. Acresce que se impõe à mãe, que decide dar o seu filho em adoção, o triplo do tempo. Nos termos do artigo n.º 1982.º, n.º 3, do Código Civil, a mãe só poderá dar o seu consentimento para adoção decorridas seis semanas após o parto. E este consentimento deve ser prestado perante o juiz, competindo ao magistrado judicial esclarecer a declarante sobre o significado e efeitos deste ato, o qual é irreversível: assim, os artigos 1982.º, n.º 1 e 1983.º, n.º 2, do Código Civil. Esta discrepância temporal afigura-se-nos criticável<sup>37</sup>, muito desproporcional, incoerente com a unidade do sistema jurídico de filiação, que a adoção integra, por via do disposto no artigo 1986.º, n.º1, do Código Civil, que atribui ao adotado a situação de filho do ou dos adotantes e a sua conseqüente integração na família deste ou destes. Dar uma criança em adoção pode ter na égide motivações muito distintas entre si, e a lei não cura de as devassar, em nome do respeito pela esfera íntima. Mas neste outro caso da gestação de substituição, o projeto de gestação teve um motivo que foi ponderado e adjuvado por um órgão externo. A mãe gestante que, ainda assim, opta por não entregar a criança carece de ser sondada profundamente nas suas motivações. Não há como admitir que alguma vez não desejou gerar. A favor da celeridade intensa, paroxística, que decorre da imposição legislativa, não corre nenhum motivo. E, se este motivo não é atendível quando o Direito o admite, nunca, por maioria de razão, o deverá ser quando claramente se concebe que não existiu.

Sendo assim, o horizonte temporal não pode pecar por defeito, sob pena de não cumprimento de critério de proporcionalidade indeclinavelmente exigível.

---

<sup>37</sup> Maria Margarida Silva Pereira, *Gerar uma Criança para Outros: do Ghetto e do Gineceu à Afirmação da Igualdade de Género e dos Direitos das Crianças*, “Revista de Direito Luso-Brasileira”, Ano 4, 2018, n.º 3, 2018, pp. 1585-1616 (1615).

De não cumprir a *ratio* do período de reflexão, confundindo-o com um período de produção de efeitos públicos.

## **6. Desconsidera o dos Direitos das Crianç as que assim emerge: privação do direito à identidade da crianç a. Problemas que decorrem da ausência da parentalidade   nascenç a**

I. Sucede que, atenta ao direito de um tempo para decidir após o parto pela gestante, a Lei n.  90/2021 não acautelou o estabelecimento da filiação da crianç a   nascenç a.

O regime da entrega da crianç a tem, é certo, algumas semelhanç as com o do consentimento para adoção vertido no artigo 1981.é, n.  1, do Código Civil. Tal como a  sucede, e vimos *supra*,   mulher que d  à luz é vedado entregar o recém-nascido a terceiros, prescindindo de supet o do estabelecimento da maternidade em seu favor. No entanto, o legislador não curou de estabelecer requisitos formais para que ele ocorra e o prazo é muito mais estreito, como também já tivemos ocasião de observar.

II. A Lei n.  90/2021 desconsiderou o mais relevante na observância do superior interesse da crianç a, no momento em que não optou pelas soluções instantes que se impõem num contrato pessoalíssimo, at pico, e ante as  leas que pode sofrer: a vida, a morte, a capacidade de exercício de direitos de todas as pessoas envolvidas.

Afirma Rute Teixeira Pedro que, imposto um prazo de reflexão durante o qual nem os comitentes nem a gestante assumam a parentalidade,

“...fica posta de parte, de forma clara, a possibilidade de, no ordenamento jurídico português, ser acolhida (...) uma regra de definição *ex ante* da filiação da crianç a que venha a nascer mediante recurso ao contrato de gestação de substituição.”<sup>38</sup>.

E assim acontecerá, com efeito, a menos que o legislador colmate esta lacuna, geradora de uma deficiência jurídica evidente. Pois, nos termos da Constituição, os vínculos de filiação devem estar determinados   nascenç a. O mesmo imperativo

---

<sup>38</sup> Rute Teixeira Pedro, *O estabelecimento da filiação de crianç a nascida com recurso a contratos de gestação de substituição – reflexões à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.é 225/2018, de 24 de abril*, AAVV, “Temas de Direito e Bioética. Vol. I – Novas questões do Direito da Saúde, Escola de Direito da Universidade do Minho”, 2018, pp. 197-225 (222 e 223).

decorre, aliás, do princípio da indisponibilidade do estado das pessoas; por imperativo constitucional, os vínculos de filiação devem estar previamente determinados por lei.

E o Tribunal Constitucional não foi, em 2018, alheio à questão. Lê-se na declaração de vencidos dos juízes Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes Costa e Cláudio Monteiro:

“A possibilidade de revogação do consentimento no momento do parto, tendo em vista a assunção da maternidade pela gestante (...), não só esvazia de sentido a gestação de substituição, como faz depender da vontade da gestante o estabelecimento da filiação, num domínio em que, por força do princípio da indisponibilidade do estado das pessoas e por imperativo constitucional, os vínculos de filiação devem estar previamente determinados por lei.”<sup>39</sup>.

A Lei n.º 90/2021 incorreu na perniciosa originalidade de assumir como algo legítimo que uma criança nasça sem direito imediato ao estabelecimento da maternidade e paternidade e sem que se tomem providências nesse sentido. É uma *criança nascida sob condição de parentalidade*. Se a gestante decidir ser sua mãe, sê-lo-á. Se o não decidir, serão pais os comitentes da gestação de substituição.

## 7. O entendimento do Direito Internacional sobre a questão do direito à identidade

I. O ponto está em saber o que significa juridicamente o direito à identidade, uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa, e também, um fator determinante de segurança ante ameaças como o tráfico de crianças, o rapto, o abandono. Na questão vertente, densifica o princípio do superior interesse da criança nascida por gestação de substituição.

Direito à identidade significa direito ao estabelecimento da filiação imediatamente após o nascimento, criadas que estejam condições para isso. Há casos em que é impossível. Se uma criança nasce em teatro de guerra, se não se conhecem os progenitores por razões aleatórias e irremediáveis, importa criar mecanismos subsequentes. Coisa distinta é promover o nascimento de uma criança privada de condições para que esse estabelecimento da filiação ocorra a todo o tempo. Ora, é isso que acontece por via da Lei n.º 90/2021.

Não vale argumentar que a indeterminação própria do conceito de superior interesse da criança, consagrado na Convenção sobre os Direitos da Criança,

---

<sup>39</sup> DR, 1ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2018, cit., p. 1977.

implica uma sua aplicação cuidada e por vezes restrita, que aqui não teria âmbito de aplicação, por isso que a criança sempre viria a ter a filiação determinada e a favor de pessoas pré-concretizadas, a saber, a gestante ou os comitentes.

Clara Sottomayor, ao distinguir com acutilância o conceito de interesse da criança, enquanto critério de decisão para os casos litigiosos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, toma as teses de Heck relativas justamente aos conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo a fronteira entre dois aspetos, a saber:

“... uma zona – o núcleo do conceito – passível de ser preenchida através do recurso a valorações objetivas, e outra zona – o halo do conceito – em que o grau de incerteza seria maior.”<sup>40</sup>.

Ora, socorrendo-nos da dualidade apresentada, afirmaremos que sempre a identidade das pessoas integra a zona de maior certeza do princípio do superior interesse da criança, pois que é determinante da sua cidadania, dos seus direitos, da importantíssima emergência dos titulares do exercício das responsabilidades parentais.

A consagração do direito à identidade consta do artigo 7.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança. Nos termos deste preceito, o registo deve ocorrer

“... imediatamente após o nascimento”,

sendo inerente, desde o mesmo nascimento,

“...o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles.”<sup>41</sup>.

Ter identidade constitui um direito fundamental. É a identidade que permite a todos os seres humanos gozar integralmente os seus direitos.

---

<sup>40</sup> Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 58-59.

<sup>41</sup> Que a Convenção sobre os Direitos da Criança atendeu particularmente aos casos de crianças abandonadas ou apátridas, mostra-o o n.º 2 do artigo 7.º ao afirmar que “Os Estados Partes garantem a realização destes direitos de harmonia com a legislação nacional e as obrigações decorrentes dos instrumentos jurídicos internacionais relevantes neste domínio, nomeadamente nos casos em que, de outro modo, a criança ficasse apátrida.”.

Mas não posterga esta norma o direito à possibilidade de efetivação do nome e nacionalidade desde o nascimento.

A identidade engloba o nome, o apelido ou apelidos, a data de nascimento, a nacionalidade o sexo. Munidos destas informações, somos titulares de direitos e obrigações próprios do nosso estatuto enquanto homens, mulheres, crianças, refugiados detentores de incapacidades, etc.)<sup>42</sup>.

Por isso, enquanto afirmação da existência, a identidade representa a afirmação pessoal no contexto social.

II. É certo que, no plano jurídico, a Convenção sobre os Direitos da Criança se mostra restritiva, usando a expressão “na medida do possível”. Mas a restrição reporta-se, como dito *supra*, a outro tipo de situações, pois tem em conta a privação de imediata identidade das crianças abandonadas ou apátridas.

E há uma diferença essencial e inquestionável, portanto, entre todos estes casos de crianças que, por motivos inexoráveis e aleatórios, não podem ser titulares de identidade à nascença, e aqueles em que a lei, deliberadamente, se constrói de modo a que o resultado produzido seja uma incógnita acerca do estabelecimento da parentalidade. Pois uma coisa é mitigar efeitos da impossibilidade de registo, de conhecimento da origem da história inicial de vida, e outra diametralmente oposta, será gerar o Direito – como sucede o caso da Lei n.º 90/2021, caso não venha a ser completada neste particular – a situações em que propositadamente não há parentalidade estabelecível.

III. Se é inequívoco que o conceito de identidade engloba o direito à nacionalidade, ao nome e às relações familiares, o certo é que se trata de um conceito muito mais amplo. É, em boa técnica jurídica, tal como sucede com o superior interesse da criança, *supra* equacionado nesta perspetiva da indeterminação, também ele, direito à identidade, um conceito aberto<sup>43</sup>, o qual engloba, entre outros, princípios e direitos também consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança: o princípio da não discriminação (artigo 2.º), o direito à proteção contra interferências arbitrárias na vida privada e familiar (artigo 16.º), a obrigação de respeito pela origem étnica, religiosa, cultural e linguística (artigo 20.º) e o direito ao desenvolvimento da personalidade da criança, dos seus talentos físicos e intelectuais (artigo 29.º).

---

<sup>42</sup> Assim, *Droit à l'identité. Comprendre le droit à l'identité des enfants*. Disponível em [humanium.org](http://humanium.org).

<sup>43</sup> Sobre a amplitude do conceito e o seu entendimento técnico como conceito aberto, respetivamente, D. Hodgson, *The International Legal Protection of the Child's Right to a Legal Identity and the Problems of Statelessness*, “International Journal of Law, Policy and the Family”, 1993, Vol. 7 (2), pp. 255 e 265.

IV. Sucede que a obrigação de promover todos estes direitos pré-compreende a afirmação dos mesmos, sempre que possível, e pré-compreende a obrigação do Estado de não contribuir, em nenhuma circunstância, para que os mesmos se não concretizem ou claudiquem, não contribuir, em nenhum caso, para que eles possam ser ameaçados, e muito menos, anulados, porque assumidos como inexistentes, ainda que isso ocorra a título provisório.

Nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança, o direito à identidade tem uma conexão direta com o direito das crianças a serem registadas. Entende-se que a ausência de registo representa violação de um direito fundamental, a saber, o direito a beneficiar de uma identidade imediatamente em razão do nascimento e por causa dele. E se é verdade que a Convenção pensou muito em particular nas crianças que requerem asilo, refugiadas, imigrantes também<sup>44</sup>, o certo é que o direito ao registo pressupõe um direito correspondente a critérios imediatos de certeza sobre aquilo que do registo deva constar; o direito a uma determinação da origem.

O direito ao nome e ao registo foi logo reconhecido pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas.

Aí se afirma, no artigo 24.º, n.º 2, o direito de toda a criança a:

“... ser registada imediatamente após o nascimento e ter um nome. 3 – Toda e qualquer criança tem o direito de adquirir uma nacionalidade.”

## **8. As situações problemáticas que podem ocorrer quanto ao estabelecimento da filiação de criança nascida por geração de substituição**

### **8.1. Questões patrimoniais que importaria esclarecer/resolver**

I. Que situações podem ocorrer no que respeita ao estabelecimento da filiação das crianças nascidas por geração de substituição, tendo em conta a falta de uma solução vertida na Lei n.º 90/2021?

Nos termos gerais do estabelecimento da filiação – que se não aplicam à geração de substituição, mas convém recordar, pois são um referente importante – as responsabilidades parentais remontam a antes do parto, mais concretamente, ao momento da concepção. Assim, o artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil, afirma que aos pais cumpre representar os filhos nascituros, bem como administrar os seus bens.

---

<sup>44</sup> A este propósito é muito elucidativo o documento *L'Enregistrement à la naissance. Un Droit pour commencer*. Disponível em [unicef-irc.org](http://unicef-irc.org).

A norma situa-nos no núcleo das questões patrimoniais, as que, à primeira vista, menos se congeminam que possam muito relevar nos tempos de vida da criança em que o pernicioso hiato legal que decorre da Lei n.º 90/2021 não resolveu o estabelecimento da filiação<sup>45</sup>.

Não deixamos de trazer à colação este ponto, pela importância que reveste.

Assim, perguntamos. Pode dar-se o caso de serem feitas doações (de móveis ou imóveis) a um nascituro de gestação de substituição, ou a uma criança nascida por gestação de substituição, ou dar-se o caso de se abrir um fenómeno sucessório a seu favor?

Não vemos como excluir que aconteça, sem prejuízo do superior interesse da criança. Pois, quanto aos menores, aplica-se o artigo 951.º do Código Civil: sendo eles pessoas incapazes de aceitar<sup>46</sup>,

“...não podem aceitar doações com encargos senão por intermédio dos seus representantes legais.”.

Pergunta-se: quem são os representantes legais de uma criança cuja filiação não está estabelecida, ainda que por um curto espaço de tempo, como aqui acontece?

E do mesmo modo se coloca problema relativamente aos nascituros em geral, aos quais se aplica o artigo 952.º do Código Civil.

Destarte, nos termos do n.º 1 do preceito, eles podem adquirir por doação, desde que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador<sup>47</sup>.

Mas uma criança filha de pessoa indeterminada dificilmente terá este direito.

Recordamos o que escrevia Manuel Baptista Lopes sobre as doações a nascituros e conceturos, muito longe de vislumbrar um caso como o que agora apresentamos:

“É evidente que a condição de que os nascituros sejam ‘filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador’, só pode referir-se aos não concebidos (conceturos), porque os já concebidos estão sempre nessas condições.”<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Sobre o artigo 1878.º do Código Civil, Maria Clara Sottomayor, *Código Civil Anotado. Livro IV*, Clara Sottomayor (Coord.), *Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 852.

<sup>46</sup> No entanto, o artigo 951.º, n.º 2, do Código Civil vem admitir que, no caso de doações puras, as mesmas, feitas aos capazes de aceitar, “... produzem efeitos independentemente de aceitação em tudo o que aproveite aos donatários.”. Mas o regime, frisa-se, aplica-se tão só a doações puras.

<sup>47</sup> E reza o n.º 2 do preceito, que aqui importa ter presente, que “Na doação feita a nascituro presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário.”.

<sup>48</sup> Manuel Baptista Lopes, *Das Doações*, Lisboa, Livraria Petrony, 1970, p. 72.

Claramente, reconhecia então que uma criança concebida era filha de pessoa determinada. Sucede que, nos termos da Lei n.º 90/2021, uma criança nascida por gestação de substituição não o é.

E assim, da impossibilidade do estabelecimento da filiação podem resultar prejuízos patrimoniais para a criança assim gerada e até já nascida. Basta pensar num familiar ou amigo da gestante ou dos comitentes que a pretenda beneficiar e não tenha, por razões de saúde, outra hipótese de o fazer que não neste curto espaço de tempo durante o qual não ocorreu o estabelecimento da filiação da criança, nem pode, aliás, ocorrer.

Será legítimo privar a criança ou o nascituro de vantagens patrimoniais a título de doação? Não vemos que seja; e devia a lei esclarecer absolutamente a situação.

II. Tal como deve ser possível contemplá-lo com uma deixa testamentária.

Sucede que o artigo 2240.º, n.º 2, do Código Civil determina literalmente – e sem atender ao princípio constitucional da igualdade dos artigos 13.º e 36.º da Constituição, este último na sede em que nos encontramos, mas que nem por isso deve deixar de ser aplicado em conformidade constitucional<sup>49</sup> – que, se o herdeiro ou legatário já estiver concebido, como será o caso nas situações que aqui importam, a administração da herança ou do legado compete ao pai e, na sua falta, à mãe.

Ora, caso se imponham atos de administração urgentes e relevantes, quem os pratica? Quem são os progenitores, quem é o pai, quem é a mãe?

III. E que dizer de impossibilidade de chamamento a sucessão legal, legítima ou legitimária (artigos 2131.º-2167.º do Código Civil)?

Admitamos que morre a gestante durante o período de reflexão, sem ter assumido a maternidade, mas havendo sido sua vontade fazê-lo e tendo ela também outros herdeiros legitimários, ou – caso extremo e ainda mais instante – não os tendo. Justifica-se que, sem prejuízo de o estabelecimento da filiação ocorrer agora a benefício dos comitentes, a criança fique privada do quinhão hereditário ou mesmo de todo o acervo da herança da gestante? E, caso se abra a sua sucessão legítima, nos termos do artigo 2131.º do Código Civil, não será atendível o chamamento da criança, ao menos nos casos em que se reconhece haver sido vontade, ainda não exercida, de não renunciar à criança, e algo sem dúvida mais discutível,

---

<sup>49</sup> Cf. a propósito Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*. Volume VI, Reimpressão, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 382.

mas que ao legislador competia ponderar – sempre que não tenha sucessíveis legais que não o Estado (artigo 2133.º, n.º 1, alínea c), do Código Civil)?

O Livro das Sucessões (Livro V do Código Civil) não afeiçoou o regime sucessório a estas eventualidades, que não tinha como prever, ao tempo da feitura da lei. É tempo de as incluir, em nome do superior interesse destas crianças, cujas especificidades jusfamiliares nada legítima que não sejam legalmente acauteladas.

Argumentar-se-á que a solução vigente, que é, afinal, uma solução ausente – ou seja, a privação dos bens da gestante – resulta da estrita aplicação da lei. Resulta da lei, sem sombra de dúvida; mas não cumpre a equidade e muito duvidosamente acolhe o superior interesse da criança.

E logo por aqui – é timbre fatídico das situações com expressão patrimonial evidenciarem a relevância de tantos problemas, de lacunas ou necessidade de clarificação de soluções jurídicas – nos damos conta da importância de que se estabeleça a filiação. Pois as responsabilidades parentais são efeitos deste estabelecimento, como claramente indica o artigo 1877.º do Código Civil.

## 8.2. Acautelamento dos direitos pessoais da criança que ainda não se verifica na lei

I. Absolutamente instante é o acautelamento dos direitos pessoais que o estabelecimento da filiação permite; e a Lei n.º 90/2021 não resolveu.

É preciso considerar a situação subsequente ao nascimento e as duas hipóteses que se podem configurar depois disso: a gestante decide renunciar à criança e a gestante decide assumir a maternidade. Antes, porém, há que atender ao que sucede entre o nascimento e a decisão.

Partimos de um caso concreto, sempre elucidativo.

*A* e *B* contratam com *C* que gere uma criança com o objetivo de a entregar, caso a sua decisão seja essa, após o período de reflexão, ao casal comitente.

A criança nasce.

A gestante tem alta hospitalar.

A criança poderá igualmente tê-la; ou não<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> É sabido que, nos termos do artigo 101.º, n.º 5, da Lei n.º 29/2007, de 2 de agosto, que procedeu à 10.ª alteração ao Código do Registo Civil e revogação do Decreto-Lei n.º 13/2001, de 25 de janeiro, “Sempre que o nascimento ocorra em território português em unidade de saúde onde não seja possível declarar o nascimento, deve ser exibido documento emitido pela unidade de saúde que comprove a ocorrência do parto e indique o nome da parturiente.”.

E, nos termos do artigo 13-A, alínea c) da Lei n.º 32/2006, na redação dada pela Lei n.º 90/2021, é direito da gestante “...ser assistida em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e

Em qualquer dos casos, é determinante saber a quem compete a sua guarda, tal como o exercício das responsabilidades parentais, as quais sempre se requerem cometidas a pessoa ou pessoas determinadas, enquanto decorre o prazo de reflexão.

E a criança necessita de carinho e cuidados imediatos, bem como urgem decisões sobre o seu modo de alimentaao, que não t em como ficar estabelecidos previamente, pois podem depender da circunstância concreta do nascimento<sup>51</sup>.

Pois, nem corresponde à *ratio* do instituto, nem teria como ocorrer em tempo útil, a sua entrega a uma instituiao<sup>52</sup>.

A criança pode igualmente requerer cuidados médicos específicos e até muito relevantes, para os quais devam ser ouvidos os seus responsáveis, assim como   desejável que beneficie de visitas daqueles que t em uma especial relaao de afeto face a ela<sup>53</sup>.

Pergunta-se: caso não esteja estabelecida a filiaao *ab initio*, quem toma medidas essenciais a seu respeito? Quem assume esse papel? O Conselho Nacional de

---

humanas necessárias e adequadas ao acompanhamento da gestaao resultante do cumprimento do contrato de gestaao de substituiao". Sem dúvida que está aqui pr -compreendido o direito a um parto em meio hospitalar específico, que não se antevê que não tenha condioes para proceder ao registo da criança.

Há assim todas as razões para admitir que poucas serão as situaoes em que uma gestante de substituiao, inseminada por procriaao medicamente assistida, não dará à luz em meio hospitalar. Poderá, contudo, ocorrer: basta pensar num parto prematuro, numa situaao de impossibilidade de chegar em tempo ao hospital.

Mas, por regra, pode a gestante ter alta sem registar a criança? A criança pode abandonar o hospital sem estar registada?

<sup>51</sup> Escreve Maria Clara Sottomayor, tendo em conta, sem dúvida, a importância do estabelecimento da filiaao e decorrente exercício das responsabilidades parentais: "Esta fase da vida humana, durante a qual os pais são titulares das responsabilidades parentais, designa-se por menoridade, atendendo   especial vulnerabilidade das crianças e às suas necessidades específicas de proteao e cuidados enquanto seres em desenvolvimento". Cf. Clara Sottomayor (Coord.), *Código Civil Anotado...* cit, comentário ao artigo 1877.é, p. 850.

<sup>52</sup> De acordo com o n.  1 do artigo 3.é, da Lei n.é 147/99, de 9 de janeiro, a intervenao para promoao dos direitos das crianças (tal como dos jovens em perigo) ocorre sempre que "...os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formaao, educaao ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de acao ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo". Sendo que o n.  2 do mesmo artigo considera haver situaao de perigo, designadamente, que se encontre, nos termos da alínea a), "... abandonada ou vive entregue a si própria."

Ora, efetivamente,   esta a situaao jurídica que se configura.

<sup>53</sup> Pois, de acordo com o artigo 1921.  do Código Civil, a sujeiao de uma criança a tutela, aliás obrigatória, ocorre, não apenas em caso de haver pais determinados que não possam exercer as responsabilidades parentais, mas também em situaoes de criança filha de pais incógnitos (assim, o n.  1, alínea c)). No entanto, o procedimento conducente à tutela possui formalidades e morosidade incompatíveis com a situaao que estudamos. O instituto não está vocacionado para ser aplicado ao curto prazo de reflexão da gestante de substituiao.

Procriação Medicamente Assistida, na qualidade de “orfanato gigante a termo”? Qualidade que, bem, a lei não lhe atribui, nem, certamente, ousaria tomar em mãos?

II. Nos termos do artigo 36.º, n.º 5, da Constituição, o exercício de responsabilidades parentais compete aos progenitores, sem delimitação de outro âmbito temporal que não o nascimento das crianças<sup>54</sup>.

Para que a criança não fique em abandono, entregue a si própria<sup>55</sup> não há, neste caso, como nomear um tutor ou deferir responsabilidades parentais a familiares, que os não tem ainda. Assim o pressupõe o artigo 1903.º do Código Civil, que impõe, para uma titularidade de exercício alternativo destas responsabilidades ao dos progenitores, a ausência ou incapacidade destes; o estabelecimento da filiação, portanto.

Mas, no caso vertente, não há progenitores legalmente identificados.

Conclui-se que a Lei n.º 90/2021 admitiu a existência de um tempo de ausência de agentes fundamentais na configuração dos direitos de certas crianças. Ou seja: foi complacente com a possibilidade de um hiato no reconhecimento efetivo dos direitos que decorrem da parentalidade.

Concluimos a este propósito. A lei determina, como já se afirmou, o nascimento de crianças que consabidamente (e não por motivos fortuitos desastrosos, indesejados) não são titulares do direito à identidade<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira: “O direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos (n.º 5) são um verdadeiro direito-dever subjectivo e não uma garantia institucional ou uma simples norma programática...”. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 222.

<sup>55</sup> Com efeito, não vemos como não subsumir a situação de uma criança cujo estabelecimento de filiação e exercício de responsabilidades parentais não se encontre definido ao conceito de criança “entregue a si própria” vertido no artigo n.º 2, alínea a), da Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, sendo, neste ponto, de relevar a redação dada pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro). Mesmo que a guarda de facto esteja a cargo da instituição hospitalar onde a criança nasceu, da gestante ou dos comitentes, configura-se aqui a situação do n.º 1 do preceito mencionado, o qual estipula que “A intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.” Pois, não haver que possua a titularidade para tomar decisões sobre a saúde e o bem-estar de uma criança configura um perigo para esta.

<sup>56</sup> E, no entanto, isto sucede muitos anos volvidos sobre a bem célebre decisão do caso Baby M. Segundo a decisão do Tribunal de New Jersey, que transitou em julgado, as responsabilidades

Sem titular ou titulares de responsabilidades parentais, a vulnerabilidade em que a Lei n.º 90/2021 coloca a criança nascida por gestação de substituição   incompatível com os seus direitos elementares.

## 9. Consequência de ordem jusfamiliar da ausência de identidade. Não reconhecimento efetivo,   criança recém-nascida por gestação de substituição, do direito   família

I. A Lei n.º 90/2021 também não reconheceu o direito das crianças nascidas por gestação de substituição a uma família, nas suas plenas implicações.

E, se é certo que nenhuma das normas do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa tem aplicação neste caso, pois assumem estas normas referidas, à partida, a existência de filiação<sup>57</sup>, já o n.º 2 do artigo 68.º da Constituição reconhece a maternidade e a paternidade como

“valores sociais eminentes”,

---

parentais relativamente à criança nascida por gestação de substituição foram deferidas ao casal comitente, se bem que o estabelecimento da maternidade tenha sido realizado em benefício da gestante e a esta tenha sido reconhecido direito de visitas   criança. É certo que em Baby M, a decisão relativa ao estabelecimento da maternidade não desconsiderou o regime jurídico da maternidade de substituição, inválido, segundo a lei. Em todo o caso, a solução, que procede a uma cisão entre estabelecimento da parentalidade, assunção de responsabilidades parentais e titularidade do direito de visita pela mãe. Em todo o caso, a solução, que procede de uma cisão entre estabelecimento da filiação, assunção de responsabilidades parentais e titularidade de direito de visitas pela mãe, pondera juridicamente o superior interesse da criança, não descurando a bem possível, e no caso porventura real, cisão entre quem deve ser a mãe, quem deve cuidar e quem não deve prescindir de contacto com a criança, nem de lhe dar afeto, apesar da, entendida, falta de idoneidade para a guarda da criança. Assim, rezava este negócio entre os comitentes e a gestante: Mary Beth, a gestante, iria gerar um beb  e, após o nascimento, entreg -lo-ia a William Stern após o nascimento; Mary Beth seria inseminada com o esperma de William; Mary Beth abria mão do estabelecimento de maternidade a seu favor. E, em contrapartida, o casal Stern aceitou: (i) pagar a quantia de U\$ 10.000,00 (dez mil dólares) a Mary Beth; (ii) assumir todas as despesas médicas; e (iii) pagar à empresa de fertilidade o valor de sete mil dólares pelo serviço prestado.

Importa, em todo o caso, ter em atenção que o caso Baby M., tantas vezes citado, constitui um *tertium comparationis* muito circunscrito na atualidade e, sobretudo, face   nossa ordem jurídica, a qual proíbe, absolutamente, o recurso, pela gestante, ao seu próprio material genético.

<sup>57</sup> Recordar-se que, nos termos do preceito mencionado, “ Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e   manutenção e educação dos filhos.” (n.º 3). E, igualmente, que “Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designa es discriminatórias relativas à filiação.” (n.º 4).

estando consagrado no n.º 1 do artigo 67.º o direito da família,

“como elemento fundamental da sociedade”,

a ser protegida pela sociedade e pelo Estado; e à

“efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.”.

E não vale argumentar invocando a menor densidade desta norma, posto que não se encontra inserida no Título I da Parte I (Direitos e deveres fundamentais) e sim no Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais). Pois estão aqui contidos conceitos sem os quais se não entendem plenamente nem articulam de forma plena com os direitos e deveres fundamentais, nem com a Constituição como um todo sistemático, ideias tão básicas como são a integração das pessoas na família e o sentido humanista e democrático desta, ao serviço da dignidade da pessoa humana, aqui plasmada na dignidade dos seus membros.

Também a Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagra, de forma acutilante, o direito à vida privada e familiar, estipulando o seu artigo 8.º que

“1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”.

As crianças são titulares do direito à vida privada e familiar, nos termos da Convenção, dando-se que o artigo 8.º clarifica que as ingerências na vida privada e familiar constituem a última *ratio* e obedecem a critérios apertados. A Convenção repudia, conclui-se, a negação deliberada, *ab initio*, do direito à vida familiar<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Ursula Kilkelly, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, “Précis sur les droits de l'homme”, n.º 1, Conseil de l'Europe, 2003, pp. 15-18.

II. Sem dúvida que o Tribunal Constitucional vedou a outorga de uma criança aos comitentes sem que tal seja precedido da vontade da mulher que gerou.

Mas esta imposita o não tem como dissociar-se dos direitos, têm também reconhecidos, da criança nascida.

Na Lei n.é 90/2021, o princípio da prevalência do superior interesse da criança, no que concerne à protea o de todos os meninos e meninas desde o seu nascimento, não foi atendido. Omitindo a definia o de um núcleo familiar sempre determinável, ressalvadas as contingências que sempre recaem sobre as pessoas, a lei veio estruturar um sistema de acordo com o qual se vislumbra sempre a possibilidade de a criança nascida por gestao de substituia o ver impender sobre si a álea da privaa o,   nascença, de f milia. E, ademais, ignorou-se o papel do Estado na sua missão essencial de interveniente na configuraa o dos direitos das crianças.

III. É sabido que todas as crianças desprovidas de cuidados parentais são, em sentido técnico-jurídico, crianças em risco. Permitir o legislador que isto suceda, ainda que por um lapso de tempo curto, significa priv -las do papel essencial da f milia, logo no momento do nascimento; significa, dito por outras palavras, desresponsabilizar os autores da sua origem, que são as partes celebrantes do contrato de gestao de substituia o, de promover as condições para que o afeto, a protea o em todas as suas vertentes, lhes sejam dispensadas<sup>59</sup>. Em suma: significa promover a vulnerabilidade destes recém-nascidos, algo que é flagrantemente contrário   Constituia o.

## **10. ... e logo, indefinia o de consequências importantes em matéria jusfamiliar. O regime jurídico das relações entre a gestante e a criança e das relações da criança com outros filhos da gestante está por esclarecer**

I. Afigura-se-nos que, mesmo renunciando a gestante   criança, desde que mantenha direito de visitas e uma relação de proximidade com ela, um eventual casamento ou união de facto entre ambas é muito problemático. A gestante não é, nesses casos, mãe. Ainda assim, poderá argumentar-se que a afinidade social entre a gestaa o a que procedeu e a concea o social da maternidade legitimariam a existência de impedimento dirimente relativo ao casamento de ambos, semelhante ao que a lei estabelece no artigo 1602. ,  lnea a), do Código Civil e do artigo 2. 

---

<sup>59</sup> Também neste sentido, incisivamente, *Right of girls and boys to a family. Alternative Care. Ending Institutionalization in the Americas*, Inter-American Commission on Human Rights, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 54/13, 17 October 2013, p. 15.

alínea d) da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. A questão convoca uma discussão ética e jurídica profunda; mas a lei não pode ignorar uma solução, logo desde a regulação da gestação de substituição, sob pena de incorrer em não acautelamento de um ponto muito relevante do direito a constituir família.

II. Em rigor, a criança concebida por gestação de substituição tem também algumas conexões com outros filhos que a gestante possa ter ou vir a ter. Usando a terminologia jurídica relativa aos irmãos que beneficiam do mesmo estabelecimento de maternidade, eles serão consideráveis “irmãos uterinos”, nos termos do artigo n.º 2146.º do Código Civil. E, se assim acontecer, valem para estes casos, com certa probabilidade, os impedimentos matrimoniais dirimentes relativos que àqueles se aplicam, nos termos dos artigos 1602.º, alíneas a) a c), e 1604.º, alínea c), do Código Civil. Argumenta neste sentido José González, invocando ainda a proximidade da situação em apreço com as que resultam das relações familiares que a adoção gera:

“É verdade que, excluindo a lei a licitude da tradicional *surrogacy*, faltarão relação genética entre ambos. Mas a intensidade da ligação que estabelecem a gestante e o ser gerado em benefício de outrem não pode ser desconsiderada. Entre adotante e adotado inexistente proximidade vital. Entre um filho próprio da gestante e um filho gerado para terceiro ela está presente. Haverá fundamento só por isso (por maioria de razão), tendo em vista a determinação de capacidade matrimonial, para que se proceda à equiparação do segundo ao plenamente adotado.”<sup>60</sup>.

Mas não acompanhamos a, sem dúvida interessante, argumentação, a não ser naqueles casos em que a gestante assuma a maternidade da criança.

Pois, nos outros casos, nem vale o argumento da proximidade genética que sustenta o impedimento, nem o argumento da relação familiar estreita e específica entre irmãos, que afronta o casamento ou a constituição de uma união de facto (nos termos do artigo 2.º, alínea d), da Lei n.º 7/2001, já chamado a depor para efeito de relação de união entre a gestante e o ser humano que gerou) nestes casos, em nome do decoro e dos valores socialmente reconhecidos.

Na verdade, mesmo que a gestante mantenha contacto com a criança, algo que o princípio da desvenda da sua identidade favorece (segundo o atual artigo 14.º da Lei n.º 32/2006, depois de abolida, por inconstitucionalidade, a regra do anonimato)<sup>61</sup>,

---

<sup>60</sup> José González, *Contrato de surrogacy: gestação de substituição...* cit., p. 178.

<sup>61</sup> E ocorrerá sobretudo sempre que exista relação de proximidade entre os comitentes e a gestante, algo que muito difere, no plano pessoal, da denominada “gestação à distância”. Sobre as duas situações Carlos

há uma diferenç  radical entre a socialização dos irmãos e a socialização dos filhos da gestante e da crianç  que gerou em substituição. E falece igualmente o argumento eugênico: o contributo da gestante para a formação do embrião, na gestação de substituição, reporta-se a seleção de material genético de terceiros e nunca, é contribuição com material genético próprio.

Mas ao legislador compete esclarecer plenamente a matéria.

## 11. O estabelecimento da filiação nos casos em que a gestante renuncia

I. Admitamos que morrem os comitentes da gestação de substituição e a gestante decide renunciar   crianç .

Resulta claramente da Lei n.é 90/2021, como vimos *supra*, que o artigo 1796.  do Código Civil, a norma que vigora para os casos de estabelecimento da filiação, não se aplica nestas situações. Ou seja, o princípio de que, no que   mãe respeita, “a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.é a 1825.é” (n.  1) e de que a paternidade se presume “em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento”, não tem enquadramento neste contexto específico<sup>62</sup>.

II.   também certo que a Lei n.  90/2021 pretendeu resolver o problema ora configurado, ultrapassando a aplicação do regime geral da filiação do Código Civil. Pois, a partir do momento em que afirma que, caso a gestante não assuma a maternidade, a crianç  se tem como filha dos comitentes (artigo 8.é, n.  9, da lei de procriação medicamente assistida), a impossibilidade de assunção pela gestante torna a crianç  filha destes últimos.  rf , no caso dado, mas sua descendente de primeiro grau, para todos os efeitos. Segundo esta ordem de ideias, é na família dos comitentes que a crianç  se integra, para todos os efeitos devidos: determinação de exercício de responsabilidades

---

Loureiro, *Outro útero   possível: civilização (da técnica), corpo e procriação – T picos de um roteiro em torno da maternidade de substituição, Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais, Estudos em Homenagem ao Prof. Peter H unerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1387-1430 (1392).

<sup>62</sup> Trata-se de um regime jurídico que, ademais, teria a virtualidade de resolver os problemas de estabelecimento de filiação e de cometimento de responsabilidades parentais em caso de morte ou de divórcio dos comitentes antes do nascimento da crianç  gerada. Assim, em caso de morte, tanto a filiação como as responsabilidades parentais estariam já estabelecidas a partir da conceaç o. Destarte, ver-se-iam extintas as responsabilidades parentais face ao progenitor que tivesse falecido, permanecendo, obviamente, em relação ao progenitor vivo. Já no caso de os comitentes se divorciarem antes do nascimento, a filiação e correspondentes responsabilidades parentais seriam deferidas a ambos, competindo, isso sim, determinar a atribuição da guarda da crianç , nos termos legais.

parentais, efeitos sucessórios, etc. Não será, nesta situação, uma criança a quem se aplica um estatuto diverso do de todas as crianças órfãs à nascença: porque o pai falece antes ou depois do parto e o mesmo sucede com a mãe.

III. Será a questão tão linear assim nos casos em que seja consabido, comprovável, que a gestante hesitava ainda quanto ao destino a dar à criança?

Consideramos que essa dúvida não tem relevância jurídica quanto ao estabelecimento da filiação a favor dos comitentes. Pois, de facto, a gestante não pôde, nesta circunstância, decidir no sentido da assunção da maternidade. E tal impossibilidade defere a filiação aos comitentes: é esta a *ratio* da Lei n.º 90/2021.

## 12. O estabelecimento da filiação nos casos em que a gestante não renuncia à maternidade

I. Problema muito complexo, e não resolvido pelo legislador, surge nos casos em que a gestante não renuncia aos poderes e deveres próprios da maternidade.

Nestas situações, fica desfeito o projeto parental virtual que resultou do acordo com os comitentes.

Mas será que a filiação não se estabelece a favor de nenhum deles? Não vemos como esta solução não deva ser claramente explicitada na lei.

Pois os pais de intenção desenvolveram um projeto suficientemente intenso, que sustenta a, decerto forte, relação com a criança, cujo material genético pertence a pelo menos um deles, e conseqüente presunção de uma relação afetiva com ela.

Se bem que o superior interesse da criança tenha primado sobre os projetos de parentalidade – tal como o tem quando exista ausência deles – ao legislador é devido atender expressamente à matéria.

Sintetiza este problema Sofia Dinis da Fonseca, optando pela álea de a gestante, mesmo em caso de arrependimento, poder não ver estabelecida a maternidade:

“... se desse arrependimento sobrevier um concurso positivo de pretensões de parentalidade quanto à criança gerada, a proteção concedida à gestante cede e sobrelêva-se o superior interesse da criança, que será o critério a seguir pelas instâncias judiciais na árdua tarefa de determinação dos seus laços de filiação. Em função do desenlace do processo judicial, a aplicação do art. 1796.º, n.º 1 do CC ou se consolida ou cessa a favor do casal beneficiário.”<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Sofia Dinis da Fonseca, *A determinação da filiação nos contratos de gestação de substituição: o concurso positivo de pretensões de parentalidade em caso de arrependimento da gestante*. Dissertação

Mas será a solução mais adequada?

## 12. 1. Se a gestante assume a maternidade: a criança tem um pai? O pai como problema

I. As hipóteses que em teoria se abrem aqui são duas. Considerar o comitente masculino equiparável a um dador de material genético, caso tenha sido ele o autor da dádiva do material masculino, ou reconhecer que lhe deve ser imputada a paternidade.

Vejamos a situação do membro masculino do casal. Ele desejou ser pai. Mas a lei contemplou a sua expectativa de forma ancilar, relacional, posto que dependente da circunstância da companheira, da sua impossibilidade definitiva de procriar. Nestes termos, conclui-se que a lei não está formulada de modo a indiciar que ele tem alguma garantia de assunção da paternidade. E é certo que aceitou ser pai no contexto de uma relação familiar específica, aquela em que a maternidade seria assumida pela sua mulher ou companheira.

II. No entanto, afigura-se-nos muito arredo ao sentido legislativo, equiparar o comitente masculino a um dador de gâmetas. Pois a gestação de substituição não configura uma técnica de procriação medicamente assistida. A própria lei exclui esta subsunção, posto que afirma, no artigo 8.é, n.  4, da Lei n.é 32/2006, que a prática da gestação de substituição s  poderá ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida. Há aqui uma cisão clara entre o instituto da gestação de substituição e a prática ancilar que viabiliza a sua concretização.

Do ponto de vista do interesse da criança, há toda a pertinência em que a sua paternidade fique estabelecida relativamente ao comitente, pois são isso lhe garante a existência de dois progenitores, algo que tem especial valor numa situação sempre potencialmente geradora de vulnerabilidade como o   a gestação de substituição. Não o sustentamos – importa clarificar – por preconceito relativamente ao instituto, que não determina, *a se*, uma *capitis diminutio* no que concerne à parentalidade e

---

de Mestrado em Direito (Vertente de Ciências Jurídico-Civil sticas) Apresentada   Faculdade de Direito da Universidade do Porto para a obtenção do grau de Mestre em Direito, p. 42. Disponível em [repositorio-aberto.up.pt](http://repositorio-aberto.up.pt).

Mas cremos que importa travejar uma distinção clara entre estabelecimento da filiação e exercício das responsabilidades parentais. A gestante que não renuncia   criança   mãe. Tal resulta do reconhecimento do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, tal qual o Tribunal Constitucional o reconheceu. Questão diferente, subsequente,   a da aferição da sua idoneidade para o exercício das responsabilidades parentais. E esta idoneidade não tem como ser aferida em função de outros pretenderem igualmente assumir a parentalidade.

correspetiva dádiva de afeto à criança. Esse ponto ficou, cremos, claro desde o início desta incursão pelo tema. Mas cumpre atender a que a regra, na ordem jurídica portuguesa, é o estabelecimento da filiação relativamente a dois progenitores, tendo os filhos direito à averiguação oficiosa da paternidade, nos termos dos artigos 1864.º e seguintes do Código Civil<sup>64</sup>. Ora, tendo em conta que o instituto da gestação de substituição dá os seus primeiros, e muito complexos, passos em matéria de Direitos das Crianças (também nos direitos da mulher gestante, cujas disponibilidades financeiras para providenciar o sustento da criança são de difícil, senão impossível, determinação à partida), a parentalidade de dois progenitores afigura-se da maior relevância. O ponto está em que importa que isso fique estabelecido na lei, integrando mesmo, para inequívoco esclarecimento de todos os intervenientes no processo, o contrato entre os comitentes e a gestante. E importa que sobre a questão haja advertência clara a todos os celebrantes do mesmo contrato.

III. E deixar a criança ao alvedrio da adoção por terceiro, o cônjuge ou companheiro da mãe que gerou (artigo 1979.º, n.º 2, do Código Civil, após a alteração sofrida com a entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, e artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, na versão dada pela Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro<sup>65</sup>, em detrimento da pessoa cujo material genético a criança detém, não se afigura a melhor forma de efetivar uma conciliação ponderada entre a relevância do biológico que ainda releva, como afirmado.

## **12.2. O estabelecimento da filiação a benefício do comitente masculino representa um preconceito ou significa antes, um critério de segurança para a criança?**

I. A *ratio* da exigência de pertença do material genético a, pelo menos, um dos comitentes da gestação de substituição é, sem dúvida, restringir o âmbito do recurso à mesma. Mas é igualmente, ou nisso redundando, salvaguardar o interesse da criança. Nascida por este processo e não havendo ligação gestacional a quem em princípio vai assumir a maternidade, tem vínculos biológicos ao casal comitente,

---

<sup>64</sup> Em bom rigor, também as presunções legais de paternidade, vertidas nos artigos 1826.º e seguintes do Código Civil, visam igualmente, entre outros objetivos, acautelarem o interesse dos filhos.

<sup>65</sup> A qual veio eliminar “as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, à primeira alteração à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, à vigésima terceira alteração ao Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro.”

pelo menos, a um dos seus membros. O mesmo legislador que assume a relevância do afeto na construção jurídica familiar tem em conta a vulnerabilidade que contextualiza o nascimento de uma criança nesta situação e procura salvaguardar a sua segurança lançando mão do biologismo, que é, ainda, e apesar de toda a evolução que se verifica na perceção da parentalidade, um referente muito importante, a que razões histórico-jurídicas não são alheias. Como doutrina Guilherme de Oliveira,

“A reforma de 77 significou uma alteração enorme no quadro jurídico português, no sentido do *critério biologista*. Quanto à maternidade – onde o critério biológico foi sempre mais fácil de seguir pelo carácter ostensivo do vínculo – a acentuação da verdade biológica notou-se principalmente na eliminação da perfilhação pela mãe: a maternidade passou a resultar do facto do nascimento, e a ser estabelecida por uma simples indicação da identidade da mãe. (...) A determinação jurídica da paternidade, por sua vez, continuou a respeitar a máxima antiga *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, mas a impugnação da paternidade passou a seguir o regime geral da ‘prova em contrário’, baseada em qualquer facto e sujeita às mesmas práticas da convicção judicial.”<sup>66</sup>.

Este fundamento histórico da evolução legislativa, decisivo para a reconfiguração da lei, deixou-se permear por importantes alterações advindas das possibilidades de procriação medicamente assistida, mas não erradicou o apego biologista que ainda caracteriza fortemente a cultura parental portuguesa<sup>67</sup>.

II. Em rigor, o princípio do biologismo nunca foi *a se* assumido pelo Direito; o Direito português não constitui exceção neste ponto. Nele se cruzaram e provocaram deturpação outras realidades basilares da ordem jurídica, como a importância do casamento, o respeito pela intimidade de quem não possuía o estado de casado (a mulher a quem era permitido não assumir o estabelecimento da maternidade), a relevância do estatuto, designadamente na sua vertente patrimonial, da família.

Entende-se que a Reforma de 77 tenha assentado num novo biologismo, sustentado na emancipação dignificada da mulher solteira, da mulher casada adúltera, do reconhecimento dos direitos dos filhos independentemente do estado civil dos pais.

---

<sup>66</sup> Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, Lisboa, Petrony, 2019, p. 29.

<sup>67</sup> Sobre a tensão entre o “valor do sangue como critério de pertença” e a erosão do valor social da família consanguínea” e respetivas implicações jurídicas, a que se aliam os desafios do Direito hodierno, Guilherme de Oliveira, *O sangue, os afectos e a imitação da natureza*. Disponível em [guilhermedeoliveira.pt](http://guilhermedeoliveira.pt).

III. A nova geração surge com a procriação medicamente assistida. Vinga esta, numa primeira fase, com a verdade biológica total e, quando parcial, assente no laço familiar tradicional. O mesmo vai suceder com a inseminação heteróloga. Prima a família com o *nomen* do afeto sobre o dador ou dadores. Conhecidos ou desconhecidos que sejam, apenas esse direito ao conhecimento ou a obrigação de esquecimento relevam para a paz familiar, o admitido bem-estar da criança.

O acesso de mulheres sem diagnóstico de infertilidade vem trazer para o epicentro o paradigma uterino nas novas famílias monoparentais. Inversamente, na gestação de substituição tenta deslocar-se a maternidade/paternidade para um epicentro jurídico e não se prescinde nem do biologismo pela pertença do material genético a pelo menos um dos comitentes nem da relevância da vontade da gestante, a hospedeira, pela confirmação do seu direito ao arrependimento.

IV. Sendo assim, compreende-se que à família monoparental, a que se reconhecem implicitamente efeitos, no momento em que se admite a assunção da maternidade pela gestante<sup>68</sup>, seja, no caso vertente, sobreposta a consagração irrevogável da família biparental. A gestante pode ser mulher não casada ou não unida de facto. Mas a sua situação difere daquela outra situação de uma mulher que acedeu à procriação medicamente assistida sozinha. Foi outro o percurso e é ao abrigo de outra lei especial que se encontra, tal como a criança. As situações jamais se devem identificar. Ao que acresce a relevância da expectativa de quem forneceu material genético: a expectativa de ser pai, ou sempre, a responsabilidade que assume. Não outorgou o material para um projeto alheio, mas próprio.

Uma norma excepcional, como a que permite o acesso de mulheres sós e independentemente de diagnóstico de infertilidade, à procriação medicamente assistida, não tem como aplicar-se ao instituto da gestação de substituição: as situações não são análogas; inversamente, são profundamente distintas.

Para além dos argumentos expendidos *supra*, que depõem no sentido do estabelecimento imediato de filiação, importa insistir em que nada, na lei, sustenta a equiparação referenciada.

---

<sup>68</sup> Como sucede desde 2016 no caso de acesso à procriação medicamente assistida por mulheres sós, antes referenciado, nos termos da mesma lei n.º 32/2006.

### 13. O estabelecimento da filiação a benefício do comitente masculino nos casos em que o material genético utilizado não lhe pertence

I. Entendemos ainda que a própria harmonização do regime de estabelecimento da paternidade, nos termos defendidos, com o sistema de parentalidade quando interferem técnicas de procriação medicamente assistida, depõe no sentido do estabelecimento da paternidade a favor do comitente masculino, ainda *independentemente da pertença ao mesmo de material genético utilizado*.

Justificamos.

De novo se pondera ser hoje possível a constituição de famílias monoparentais femininas por recurso a técnicas de procriação medicamente assistida. Tal depõe, à partida, no sentido da assunção da maternidade enquanto mulher s , desde que o comitente masculino não seja dador do material genético. Dep e mais fundamentalmente do que sucede no caso em que o comitente masculino outorgou este material, dada a mais distante – ao menos tendencialmente – relação com a crianç a<sup>69</sup>.

E, a partir do momento em que a gestante aceita a maternidade, a crianç a é integrada na sua família. Nos termos do artigo 8.é, n.  3, da Lei n.é 32/2006, a gestante é preferencialmente uma mulher que já tenha sido mãe. Isto, porém, não é impositivo de uma situação familiar de nenhum tipo, nem a lei se ocupou desse aspeto.

Assim, nada impede que não renunciar   crianç a signifique incluí-la no seu modelo familiar, qualquer que este seja, com as consequências decorrentes em matéria de filiação. Ademais, se o cônjuge ou o unido de facto tiver dado o seu consentimento para a gestação – o que decerto acontecerá, dado o apertado acompanhamento pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e o rigor legal decorrente, que se infere – admite-se que ele aceitou deste modo, implicitamente, as consequências de uma maternidade com material genético heterólogo, aceite nos termos do contrato.

---

<sup>69</sup> Dizemos que a relação com a crianç a   tendencialmente menos forte. Mas nada impede o contrário. O enredo da natureza humana, na sua complexidade, assim o pode determinar.

## 14. As nefastas consequências jurídicas que adviriam do não estabelecimento da paternidade a favor do comitente masculino

I. Mas será que se aplicariam ao cônjuge ou ao unido de facto da gestante, agora mãe, as consequências vertidas no regime geral, caso a paternidade não competisse ao comitente masculino?

Não cremos. Para o demonstrar, importa tê-las presentes.

Se a gestante for casada, sem dúvida que, tendo esta um filho cuja paternidade não é do seu cônjuge, o artigo 1826.º, n.º 1, do Código Civil permite o benefício da presunção de paternidade. Mas é igualmente certo que o cônjuge da gestante foi ouvido no âmbito da negociação que determinou o contrato de gestação de substituição<sup>70</sup>, conforme referíamos *supra*, e nada na lei lhe impõe a assunção da paternidade da criança. Aliás, a gestante, no caso de assumir a maternidade, deve, nos termos do artigo n.º 1806.º, n.º 1, do Código Civil e de acordo com a regulação da Lei n.º 90/2021, declarar a maternidade da criança. E o artigo 1832.º, n.º 1, do Código Civil, confere à mulher casada o direito de fazer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido<sup>71</sup>.

II. E nos casos em que a gestante vivesse em união de facto?<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> A versão em vigor do artigo 8.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006 determina que qualquer celebração de negócio jurídico de gestação de substituição implique a “...autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e da Ordem dos Psicólogos”. Embora a norma o não esclareça – e tal deveria/deverá ocorrer – é bem certo que, caso a gestante seja casada ou unida de facto, todas as circunstâncias da sua realidade, também familiar, que incluem as expectativas do cônjuge ou companheiro no caso de decisão de assumir ela a maternidade, sejam consideradas. Sem dúvida que este pode mudar de ideias. Mas, precisamente – e também – porque se prevê essa possibilidade, a lei deve acautelar a situação da criança. Defendemos que, em qualquer circunstância, e independentemente das pretensões deste eventual cônjuge ou companheiro, o estabelecimento da paternidade deve competir ao comitente.

Noutra perspetiva – tendo, contudo, escrito antes da entrada em vigor da Lei n.º 90/2021 – Sofia Dinis da Fonseca, *A determinação da filiação nos contratos de gestação de substituição...* cit., p. 51.

<sup>71</sup> Nos termos gerais, poderia o marido da gestante, no caso de paternidade presumida, impugná-la, algo para que a lei lhe confere legitimidade, segundo o artigo 1839.º, n.º 1, do Código Civil. E pode ainda dirigir requerimento ao tribunal, no qual se declara pai da criança. Em tal situação, se o tribunal reconhecer a validade do pedido, competirá ao Ministério Público intentar uma ação de impugnação de paternidade, de acordo com o artigo 1841.º do Código Civil.

<sup>72</sup> A união de facto deve ser juridicamente relevante, nos termos do artigo 1.º da Lei n.º 7/2001. Não valem, para este efeito, outras situações, ainda que aproximadas: a saber, vida em condições análogas às dos cônjuges por período inferior a dois anos. Em boa técnica jurídica, a união de facto

A Lei n.º 32/2006 continha, em princípio, uma solução para este outro caso. De acordo com o artigo 20.º, n.º 1, poderia considerar-se a crianç 

“havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso   técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo.”?

Consideramos que não. A gestação de substituição supõe, como vimos afirmando, o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, *mas não se circunscreve a isso*: implica a intervenção de uma mulher, a sua decisão de gerar num contexto muito específico<sup>73</sup>. Não se inclui o estabelecimento da paternidade numa regra que tem outra teleologia.

A Lei n.º 32/2006 afirma, como recordado já, que mulheres s s podem aceder   procriação medicamente assistida. Nada impede, à partida, que ela seja mãe, prescindindo da paternidade seja de quem for.

Constituirá a situação uma família monoparental.

Mas o processo que origina as famílias monoparentais por procriação medicamente assistida   excecional; e, por isso, não tem como ser referente hermen utico da situação da gestante que não renuncia à maternidade.

III. No entanto, colocar-se-iam sempre questões delicadas, nos casos em que sobreviesse à impossibilidade, temporária ou permanente, desse exercício pela gestante que assumiu a maternidade, e caso ela fosse a única pessoa a favor de quem a filiação fosse estabelecida, nos casos em que fosse casada ou unida de facto. Em tais situações, as mesmas responsabilidades parentais seriam deferidas, preferencialmente, ao seu cônjuge ou ao unido de facto (assim, o artigo 1903.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil). Ora, a singularidade do processo que originou esta maternidade pode colocar a crianç , um ser, insiste-se, sempre particularmente vulnerável, em situação de vulnerabilidade acrescida em tal situação. Pois, em bom rigor, a crianç  não se insere no projeto familiar dos familiares da gestante nem tem, com estes, qualquer vínculo biológico, considerado ainda relevantíssimo por muitas pessoas e famílias. E não

---

não existe nestas situações. Neste sentido, Maria Margarida Silva Pereira, *Temas de Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 161-163.

<sup>73</sup> Maria Margarida Silva Pereira, *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. It lie, Queixa n.º 25358/12), “Julgar”*, n.º 32, 2017, pp. 261-287 (283), também disponível em julgar.pt.

existe a alternativa de alguém que se encontrou na origem do seu processo de gestação assumir responsabilidades face a ela. Tudo isto determinaria que a solução da ausência de paternidade redundasse, como dissemos, numa potencial vulnerabilização da sua existência, subsistência, cuidado e apetrechamento financeiro.

Sendo assim, impõe-se concluir que é do superior interesse da criança que o comitente seja o pai.

IV. Tal estabelecimento da paternidade, insiste-se uma vez mais, deve ser claramente definido pela lei. Nem valerá a alternativa de assumir que é objeto de opção dos intervenientes no processo. Pensa-se no caso de um companheiro ou cônjuge da gestante que pretenda assumir à partida a paternidade a título condicional, ou seja, no caso de a gestante enveredar por um processo de maternidade. A lei não deverá em nenhuma circunstância deixar matéria tão delicada na vontade das partes. E, ademais, dá-se que o cônjuge ou companheiro da gestante não é, para todos os efeitos, parte no contrato de gestação de substituição.

Não se trata, na solução aventada, de fazer emanar a paternidade de execução específica do contrato. Este é pessoalíssimo. Mas, justamente porque é pessoalíssimo, deve assumir regras que decorrem dos direitos fundamentais, dos direitos de personalidade. No caso, dos direitos da criança.

## **15. A relação da dadora de material genético comitente com a criança, nos casos em que a gestante não renuncia**

Outra hipótese que a assunção da maternidade pela gestante pode originar é a complexidade da circunstância da mulher que outorgou o seu material genético.

É, de novo, matéria que a Lei n.º 90/2021 não esclareceu e que não vemos como retirar das normas relativas à filiação do Código Civil.

Diferentemente do que sucede com o dador masculino, a maternidade não tem como ser estabelecida face a ela, pois não é cônjuge nem unida de facto da gestante. A ordem jurídica portuguesa não conhece a “co-maternidade”, a menos que casais femininos do mesmo sexo acedam à procriação medicamente assistida, situação de novo excecional que não se configura aqui, portanto, nem tem pontos de contacto.

Pergunta-se, contudo, do sentido de lhe retirar qualquer contacto com a criança. Não foi uma mera dadora, ela também. E sucede, ademais, que foi em seu benefício exclusivo que a lei estruturou o contrato de gestação de substituição. Recordar-se o artigo 8.º, n.º 2, da Lei nº 32/2006:

“A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição são   admissível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doenç a deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher.”.

Concluímos que se precariza, a ponto de anular, nos efeitos familiares, o papel da mãe doadora e potencial mãe jurídica quando a gestante não renuncia.   a vontade que se torna proeminente, a vontade da mãe intencional, que se imp o atendível no projeto que concebeu, nas expectativas que acalentou.

De novo se atende a que o contrato   pessoalíssimo e por isso se afasta da execução específica. Mas, precisamente porque   pessoalíssimo, determina que se atenda   circunstância originária, que é ela própria pessoal e estruturada com base num direito que a ordem jurídica reconheceu   mulher privada da capacidade de gerar.

Arredar a mãe intencional de qualquer contacto com a crianç a não tem qualquer idoneidade para cumprir o princípio da justiça. A situação face aos direitos paternos seria, desde logo, totalmente assimétrica, sendo que é em seu benefício estrito, por causa dela, exclusivamente, que o procedimento é admitido. E, se a salvaguarda do interesse da crianç a imp o a paternidade do comitente, pelos motivos de segurança e cumprimento do direito ao afeto de que ela é titular, a mesma salvaguarda impor , admite-se que até por maioria de razão, que se não quebrem laços afetivos com a malograda mãe jurídica, de cujo material genético a crianç a   detentora e em função de cuja circunstância, e são ela – aspeto importantíssimo, a que a lei ainda não atendeu neste particular – a gestação de substituição se legitima em Portugal.

## **16. Um novo instituto de relação familiar aplicável   comitente doadora do material genético quando a gestante não renuncia   crianç a? Ensaio de proposta**

I. Problema juridicamente complexo é o de estruturar este vínculo. O direito de visitas<sup>74</sup> afigura-se carente de densificação, atentas as especificidades deste caso

---

<sup>74</sup> Trata-se de um direito ainda parcamente densificado para pessoas que não os progenitores. A dificuldade em encontrar soluções adequadas no âmbito dos direitos de visitas dos avós e os critérios que convoca este direito espelham-se bem no excerto do Acórdão do tribunal da Relação de Guimarães, processo n.  1369/21.9T8BRG-B.G1, de 7 de abril de 2022, que transcrevemos: “IV) – O interesse do menor condiciona “o direito de visita” dos avós, podendo conduzir à sua limitação ou mesmo supressão, quando seja susceptível de lhe acarretar prejuízos ou de o afectar negativamente, sendo que em caso de conflito entre os pais e os avós do menor, o interesse deste último será, assim, o critério decisivo para que seja concedido ou denegado o “direito de visita”.

muito complexo, que seria novo no Direito português. A solução parece caminhar para um instituto de parentesco novo.

Impõem-se duas ordens de reflexões na sequência do exposto, as quais realçam o superior interesse da criança, olhado este do ângulo da vontade que esteve subjacente ao seu nascimento e dos efeitos jurídicos que em nosso entendimento deveria desencadear, com vista ao seu mais perfeito acautelamento.

II. Na verdade, não existe, como sempre afirmado, um direito à criança. Mas as recentes pré-compreensões do Direito da Família, sustentadas na importância do afeto e correspondente menor valorização de um primado absoluto do biologismo, levam a enfatizar a importância do desejo de parentalidade dos pais de intenção, importância esta que a lei portuguesa assume, ao legitimar a gestação de substituição nas impossibilidades procriativas das mulheres e só nelas, ao mesmo tempo que impõe a necessidade de um casal para que o acesso ao procedimento ocorra. Contra as teses de que o perigo de uma criança vir a ser abandonada, quando o resultado humano não corresponde ao desejado, depõe o acompanhamento da gravidez, a permanente informação sobre o feto exigida pela lei e o facto de não haver, nas áreas de infelicidade quanto à saúde da criança gerada, uma diferença fundamental face ao que sucede nos processos parentais em geral. E os estudos recentes mostram que os pais jurídicos tratam bem das crianças, assumem o cuidado em termos claramente satisfatórios<sup>75</sup>.

---

V) – A audição da criança num processo que lhe diz respeito não pode ser encarada apenas como um meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afecta. No entanto, essa audição depende da maturidade da criança, reflectida na sua compreensão sobre os assuntos que se encontram em discussão (cfr. art.º 4º, n.º 1, al. c) do RGPTC), e quando se deva proceder à sua audição importa observar o estabelecido no art.º 5º do referido diploma legal.

VI) – A implementação ou manutenção dos convívios entre os menores e os avós deve estar sempre dependente, com base num quadro de análise dinâmica e não estática, do concreto e real interesse da criança, ou seja, tais convívios apenas devem manter-se enquanto se afigurem como uma verdadeira e clara mais-valia, como fonte de vantagem e ganho para o menor, como experiência saudável e enriquecedora para a sua futura vivência e enriquecimento da sua personalidade.

VII) – Enquanto a relação entre os adultos estiver no patamar do conflito, só após o ultrapassar, ainda que eventualmente não na sua completude, do clima hostil e de constante tensão entre os avós e os progenitores dos menores, no mútuo respeito pela posição e promoção dos interesses dos menores, é que os convívios poderão voltar a ser gratificantes e saudáveis para as crianças, sem estarem inquinados ou maculados pela percepção de um constante, permanente e latente conflito entre os pais e os avós, que os não obrigue a uma escolha de lealdades, que os não faça sentir-se inseguros, que não atinja a sua livre afectividade e que seja capaz de salvaguardar a sua saúde emocional.” Disponível em dgsi.pt.

<sup>75</sup> Susanne Gössl/Anne Sanders, *Die Legalisierung der Leihmutterchaft...* cit., p. 499.

III. Olhamos o momento do nascimento e também os problemas que se colocam ao estabelecimento da filiação.

Nada impede, e cremos que tudo favorece, um regime excepcional, propugnado por Gössl/Sanders, de acordo com o qual a filiação seja estabelecida relativamente às três pessoas envolvidas no contrato, a saber, a gestante, o comitente e a comitente<sup>76</sup>.

O regime é, sem dúvida, diferente da regra geral. Mas é-o igualmente o estabelecimento de filiação adquirido por normal, sem reconhecimento de um direito a investigação de paternidade ou de maternidade, nos casos em que mulheres sós acedem à procriação medicamente assistida. Neste caso, acresce a favor da solução a inerente consequência jurídica de pelo menos um dos progenitores jurídicos vir a deixar de constar da menção de registo. Pois isso acontece sempre caso a gestante não assuma a maternidade ou, assumindo-a, o mesmo não aconteça face a um dos dois comitentes.

IV. Poderia admitir-se a hipótese de a parentalidade tripartida permanecer? Não cremos que deva ser a regra. Caso a gestante não assuma a maternidade, o registo inicial do qual constasse seria cancelado no que a ela respeita. Mas era, sem dúvida, uma forma rigorosa de respeitar o direito da criança à identidade desde o nascimento.

V. Já no que respeita às responsabilidades parentais durante o período de reflexão da gestante, deverá, caso tenha essa possibilidade, ser a gestante a exercê-las, pois é a primacial detentora da titularidade de estabelecimento da maternidade; e ainda pelo facto de o vínculo psíquico e físico estabelecido durante o parto poder conduzir à presunção de que tem uma ligação mais favorável à criança. Caso o não pretenda ou o não possa ela, as responsabilidades parentais deverão ser exercidas pelos comitentes. Competiria urdir um regime legislativo de atribuição de responsabilidades parentais provisórias.

## **17. Mais além? Possível caminho jurídico rumo à multiparentalidade como forma de conciliar o direito à identidade da criança durante o prazo de reflexão e os problemas que coloca**

I. Já se vem sustentando a multiparentalidade nestes casos, mesmo no Direito europeu, e concretamente na Alemanha, um país cujo legislador vem sendo refratário a admitir a gestação de substituição, mas cuja doutrina não é alheia ao tema<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Susanne Gössl/Anne Sanders, *Die Legalisierung der Leihmutterchaft...* cit, pp. 499-501.

<sup>77</sup> Gössl e Sanders admitem a solução sobretudo para os casos em que a criança possui vínculo biológico com os três intervenientes no contrato. Ou seja, sempre que o material não é só parcialmente

Sem dúvida que tal não é desejado pelas famílias *Queer*<sup>78</sup> e, sempre em nome do superior interesse da criança, todas as hipóteses carecem de apreciação casuística. Mas este casuísmo, pouco usual no Direito privado, ergue-se aqui em nome da vertente não privada do Direito da Família. Agudamente, escreve Encarna Roca i Trias:

“O mais notável é a evolução da ideia de família como instituição natural, até às conceções funcionalistas e utilitaristas que estão em voga hoje e que mantêm o pensamento de que a família não é mais do que um grupo a que se assignou constitucionalmente a função de colaborar na eficiência dos direitos fundamentais.”<sup>79</sup>.

E, por seu lado, pondera Rosa Cândido Martins:

”... a realidade da família será analisada de forma integral, não descurando nenhuma das suas diversas dimensões. Assim, uma tal regulação permitirá que a família seja aquilo para que tem vocação natural para ser: uma *comunidade de intimidade*, uma *comunidade de cuidado*, uma *comunidade de solidariedade* e uma *comunidade de responsabilidade*.”<sup>80</sup>.

Louvando-nos no entendimento das autoras, aditamos ainda: *se a família exprime, na tipologia das relações entre os seus membros, relações de poder, como focá-la metodologicamente sem atender à dimensão política, logo pública, que lhe é inerente?*

II. A multiparentalidade não estará, admite-se, consagrada na Constituição de forma expressa. Mas representa uma outra forma de relação familiar, que não vemos de afastar por esse facto. Também o não estão as famílias monoparentais que as técnicas de procriação medicamente assistida permitiram e a sua constitucionalidade não se questiona, e bem. Neste caso, sendo objetivo do instituto ponderado acautelar direitos das crianças e de todos os envolvidos na gestação de substituição, a legitimidade não se vislumbra questionável. Escreve Anne Sanders:

---

heterólogo (no caso da lei portuguesa, que admite a gestação de substituição sem prescindir do material genético de um dos comitentes). E chamam em favor da tese o § 1686a do BGB, nos termos do qual mais de duas pessoas têm direitos de parentalidade. A situação não encontra paralelo na ordem jurídica portuguesa, o que não se afigura desfavorável á construção. Justamente, tais direitos deveriam ser admitidos pelo legislador em situações análogas. *Die Legalisierung...* cit., p. 500.

<sup>78</sup> Susanne Gössl/Anne Sanders, *Die Legalisierung der Leihmutterchaft...* cit, p. 501.

<sup>79</sup> Cf. Encarna Roca i Trias, *Libertad y Familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 33.

<sup>80</sup> Cf. Rosa Cândido Martins, *A Família entre o Público e o Privado. A proposta metodológica da autonomia relacional na análise do regime jurídico do casamento*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 276-277.

Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo...

“Uma vez que os pais de intenção/jurídicos e a gestante não pretenderam [nestes casos] constituir uma comunidade parental, uma tal solução seria pouco convincente. Assim, a gestação de substituição deveria basear-se na biparentalidade. A terceira parte, que não integra os progenitores ‘principais’, teria direitos atenuados, mas também deveres, como por exemplo de tratamento e alimentos, análogos aos dos §§ 1886a<sup>81</sup>, 1885.2 do BGB.”<sup>82</sup>.

## **18. O malgrado Decreto-Regulamentar previsto pelo artigo 5.º da Lei n.º 90/2021**

Determinando que entraria em vigor no primeiro dia do mês subsequente à sua publicação (artigo 7.º), a Lei n.º 90/2021 deferiu a sua regulamentação para diploma do Governo, a ser aprovado trinta dias após a sua publicação (artigo 5.º). Este diploma nunca existiu.

  perfunctório enunciar as razões que vedam a um Decreto Regulamentar estabelecer o regime das matérias que a Lei n.º 90/2021 parece ter relegado para o seu domínio. Trata-se de matérias de estabelecimento da filiação e de consequências da mesma filiação (exercício das responsabilidades parentais), que, incidindo sobre Direitos, Liberdades e Garantias, deverão ser da competência da Assembleia da República, nos termos do artigo 161.º, alínea c), da Constituição. E d -se a circunstância de se tratar da terceira insistência legislativa em criar um regime de gestação de substituição em Portugal; dando,   primeira vista, a imagem de que se procuraram expurgar as inconstitucionalidades que o Tribunal Constitucional apontou. Eliminaram-se algumas.   verdade. Mas proliferam outras.

## **19. O caminho posteriormente anunciado pelo legislador. Um Decreto, para que efeitos?**

I. O Governo, porém, criou, pelo Despacho n.º 3302/2022, de 18 de març o, uma Comissão de Regulamentação para elaborar um Anteprojeto de Decreto Regulamentar da Lei n.º 90/2021. Deste estudo temos conhecimento

---

<sup>81</sup> Reza este preceito do Código Civil alemão:

“(1) Enquanto existir a paternidade de outro homem, o pai biológico que tenha demonstrado um interesse s rio na crianç a:

1. Um direito de acesso   crianç a se tal acesso   no melhor interesse da crianç a, e

2. Um direito   informação de cada progenitor sobre as circunstâncias pessoais da crianç a, na medida em que ele ou ela tem um interesse legítimo e isso não   contrário aos melhores interesses da crianç a.”.

<sup>82</sup> Anne Sanders, *Mehrelternschaft*, Mohr Siebeck., 2018, p. 436.

através do Parecer do Conselho Nacional para a Ética e Ciências da Vida, que o analisou.<sup>83</sup>

As temáticas que suscitaram tomada de posição neste Parecer exorbitam o ponto que aqui se foca, e se concentra, como se vem desenvolvendo ao longo do estudo, na indeterminação, resultante da Lei n.º 90/2021, das pessoas que devem proceder ao estabelecimento da filiação da criança e no decorrente exercício das responsabilidades parentais a partir desse momento.

Nesta questão se concentra a análise muito pontual do Parecer.

O artigo 8.º do Anteprojeto, no seu n.º 1, prevê que

“Após o parto, a criança nascida de gestação de substituição seja entregue aos beneficiários pela gestante que não pretenda revogar o seu consentimento, nos termos do artigo 14.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, cessando qualquer dever por parte da gestante”<sup>84</sup>,

não especificando, porém, categórica e inequivocamente, como se confirma a renúncia à revogação do consentimento dentro do prazo de 20 dias previsto para o registo da criança. Vale a pena apontar que o mesmo artigo prevê que a gestante de substituição registre a revogação do consentimento

“mediante declaração escrita a aprovar pelo CNPMA.”.

Ou seja, a revogação do consentimento para entrega das crianças aos comitentes é feita por escrito<sup>85</sup>, mas a renúncia da gestante à revogação, isto é, a confirmação

---

<sup>83</sup> 115/CNECV/2022 Parecer sobre o Anteprojeto de Diploma Regulamentar da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, em matéria de gestação de substituição, maio de 2022. Disponível em [cneqv.pt](https://cneqv.pt).

<sup>84</sup> Muito estranhamente, o articulado do Anteprojeto sugere que a Lei venha a considerar que o “parto da gestante de substituição seja considerado como sendo dos beneficiários para efeitos de licença parental”. Emerge aqui uma, ilegítima, pré-compreensão da gestante como alguém que não é titular preferencial do estabelecimento da maternidade em seu favor. Tão grave quanto isso: recusa-se-lhe um direito que está estritamente conexionado com a gravidez e o parto.

<sup>85</sup> O artigo 3.º do Anteprojeto refere a possibilidade de “cláusulas indemnizatórias eventualmente acordadas e incluídas no contrato escrito”. Sendo certo que tal solução não deixa de se compatibilizar, em princípio, com a regra do artigo 81.º, n.º 2 do Código Civil, a qual não inviabiliza uma eventual indemnização nos casos em que ocorra revogação da limitação voluntária de direitos de personalidade, não vemos como aplicar o preceito à gestação de substituição. Ver impender sobre si a álea indemnizatória pode ser uma forte limitação à liberdade de decidir. O Direito da Família afasta-se desta solução em situação bem menos geradora de sentimentos complexos e efeitos sobre a pessoa, como sucede com a promessa de casamento não cumprida por mudança de vontade. E aqui, o superior interesse da criança deve igualmente ser atendido.

da vontade de generosamente contribuir para a realização do projeto parental dos beneficiários, não dispõe de qualquer formalidade. Há aqui um dualismo de critérios que corre claramente a favor da maior facilitação do ato de renúncia ao exercício da maternidade do que da decisão de a exercer em termos juridicamente relevantes<sup>86</sup>. Esta assimetria redundando em menor acautelamento do habitualmente chamado “direito ao arrependimento da gestante”, que potencia menos condições para o seu exercício.

II. Assim sendo, pode, no limite, haver d vidas quanto   confirmação da renúncia ao direito de revogar, mantendo-se esta como possível até ao vigésimo dia, data em que se verifica a consequente caducidade do direito de revogar e em que os beneficiários poderão finalmente registrar a crianç a como sua.

O Anteprojeto, não resolvendo o estabelecimento da filiação durante o período de reflexão da gestante, nem o exercício das responsabilidades parentais, não densifica, de novo, o direito à identidade da crianç a.

Por entender têm também que peca por incompletude, o Conselho Nacional de  tica para as Ciências da Vida elenca, entre outras omissões que deteta na apreciação global do documento:

“... a presente proposta de Anteprojeto de Diploma Regulamentar

1. mant m por regulamentar algumas situações de ocorrência possível entre as partes envolvidas, no contexto da atual Lei da PMA, persistindo assim áreas de indefinição a colmatar, nomeadamente, o estabelecimento da paternidade da crianç a

---

Têm também contestando o inextricável dever de indemnizar por parte da gestante, o Parecer do Conselho Nacional de  tica para as Ciências da Vida, pp. 11-12.

<sup>86</sup> Assim, afirma, esclarecedoramente, o Parecer do Conselho Nacional de  tica para as Ciências da Vida: “Após o parto, o artigo 8.é, sob a epígrafe «Guarda e registo da crianç a», determina a entrega da crianç a nascida de um processo de gestação de substituição aos beneficiários pela gestante que não pretenda revogar o seu consentimento (n.é 1). Por outro modo, os beneficiários poderão registrar a crianç a caso a gestante não expresse por escrito a intenção de revogar o consentimento (n.é 2). P.4. E, desenvolvendo o ponto, observa criticamente: “O artigo 8.  do Anteprojeto, no seu n.  1, prevê que «Após o parto, a crianç a nascida de gestação de substituição seja entregue aos beneficiários pela gestante que não pretenda revogar o seu consentimento, nos termos do artigo 14.é, n.  5, da Lei n.é 32/2006, de 26 de julho, cessando qualquer dever por parte da gestante», não especificando, porém, categórica e inequivocamente, como se confirma a renúncia   revogação do consentimento dentro do prazo de 20 dias previsto para o registo da crianç a. Vale a pena apontar que o n.  213 do mesmo artigo prevê que a gestante de substituição registre a revogação do consentimento “mediante declaração escrita a aprovar pelo CNPMA”. Ou seja, a revogação do consentimento é feita por escrito, mas a renúncia   revogação, isto é,   confirmação da vontade de generosamente contribuir para a realização do projeto parental dos beneficiários, não dispõe de qualquer formalidade.”

no caso de revogação do consentimento por parte da gestante de substituição, a clarificação do processo de registo da criança tendo em conta o direito de revogação do consentimento da gestante de substituição, a previsão de um adequado acompanhamento psicológico, se desejado, da gestante de substituição, mas também dos beneficiários ao longo de todo o processo (...).<sup>87</sup>

III. A opção vertida no articulado do Anteprojeto não se afigura promissora, no que respeita às graves lacunas da Lei n.º 90/2021 que importa colmatar. Aparentemente, o documento, alheando-se dos problemas em questão, denota insensibilidade quanto aos mesmos.

Espera-se que não seja a posição do Governo, como se deseja igualmente que este atenda ao direito das crianças à identidade, na solução que venha a apresentar à Assembleia da República, sob pena de evidente desconformidade constitucional.

## 20. Conclusão

De Portugal já se vem dizendo, além fronteiras<sup>88</sup>, que possui uma lei da gestação de substituição. Será assim? Possui e não possui: a Lei n.º 90/2021 será do agrado de quem se obstina em afirmar que lográmos legislar sobre a matéria. Diríamos que começámos a legislar e, infelizmente, começámos mal. Não se esconjuraram todos os anátemas de inconstitucionalidade apontados aos diplomas anteriores e dos quais aqui, tão só, abordámos brevemente os relativos aos Direitos das Crianças, ainda que indiretamente as mulheres e os homens comitentes e os seus direitos, as mulheres gestantes e os seus direitos, tenham sido inevitavelmente aflorados, porque a tríade mãe/pai/criança é inexorável e assim, se implica reflexa e precipuamente do ponto de vista jurídico. Tão ou mais grave do que a não erradicação dos problemas de constitucionalidade dos diplomas pretéritos, é a emergência, em vésperas do Natal de 2021, muito próxima da presença dos Presépios do mundo, de um articulado normativo que se requer, sem dúvida, mas com ponderação e consistência, que o mesmo é dizer, com efetivo diálogo aberto com o legislador informal e fundamentalmente, sem pressa.

É ponderada e consistente a Lei n.º 90/2021, que admite o nascimento de crianças sem identidade? Não é. Que as priva de direitos pessoais e patrimoniais e desconhece a importância da titularidade do exercício das responsabilidades parentais? Não é. Que, deferindo a um outro diploma, não lhe outorgando mais dignidade jurídica do que a regulamentação, a obrigação de proceder à sua

---

<sup>87</sup> Parecer do CNECV cit., p. 13.

<sup>88</sup> Assim, recentemente, Gössl/Sanders, *Die Legalisierung...* cit., pp. 494-496.

completude, assume, gritantemente contra os Direitos Fundamentais, que a ordem de importância dos problemas jurídicos que a gestação de substituição sempre levanta, vem colocar em primeiro plano a existência da lei, o seu esboço, e, em segundo plano, o seu cont duo essencial, os direitos a acautelar? Não  .

Como se afirmou no princípio, temos uma lei silente: silente em matérias estruturantes do Estado de Direito.

Aguardam-se, neste domínio, melhores tempos legislativos. Confia-se que eles chegarão, sob pena de uma nova e surpreendente (?) descoberta de inconstitucionalidade.

O Direito da Família, o Direito da Bioética, são pátrias/m trias da incidência metodológica crítica, a qual não pode ser desvirtuada. Arrostando com possíveis desvalorizações da sua especificidade jurídica, que é socialmente muito ancorada, e também por isso, dogmaticamente arredia a conceptualizações estanques, mas não menos fomentadora de que o Direito seja, nas palavras do Salmo, o Direito<sup>89</sup>.

Não temos como deixar de acompanhar os *Critical Legal Scholars* quando postulam a “inversão das hierarquias”, substituindo a uma heurística do texto que pré-compreende essencialmente a vontade legislativa a “libertação do texto” face ao seu autor, desconstruindo de acordo com as necessidades e os desafios de cada momento aplicativo<sup>90</sup>.

Em tempo, como o nosso, que não deixa de assistir a acrisolada obstinação jurídica em resvalar ainda, e tantas vezes por comodidade ante novos desafios, para exacerbado acriticismo, para o culto da lei que está, em detrimento da lei que urge, é importante esconjurar o conformismo relativista. Recordamos palavras, já longínquas, mas perenes, de Castanheira Neves:

“Não se nega que a posição que deste modo se enuncia – o direito   a ordem, a revolução é a anti-ordem – esteja na lógica da concepção comum que os juristas fazem o direito, discípulos dóceis do positivismo conformista e inebriados pelo incenso da neutralidade cientista, ambos com visível marca de origem (...). O direito é ainda – e aqui sobretudo o queremos ver aqui – um sentido normativo, uma intenção axiológica que assimila aqueles valores específicos como direito e lhe conferem uma dimensão superadora e também constituinte.”<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Por todos, J. M. Balkin, *Deconstructive practice and legal theory*, “The Yale Law Journal”, 96/4, 1987, pp. 743-786 (747-748).

<sup>90</sup> Sobre a questão, Rosa Cândido Martins, *A Família entre o Público e o Privado...* cit., p. 141.

<sup>91</sup> Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito. A situação de crise e o sentido do Direito no actual processo revolucionário*, “Revista da Ordem dos Advogados”, 1975, pp. 23-62 (27 e 28). Disponível em portal.oa.pt.

Escrevia sobre a revolução. Mas que outra coisa temos afinal, em Direito da Família e em Direito da Bioética de diferente de uma mudança permanente, vertiginosa, às vezes mal-amada pela dogmática e pelo instrumentário legal, mas profundamente desafiadora da crítica, do pensamento – da Ciência Jurídica que o é, e, porque o é, não se acomoda?

É importante dignificar, em matéria de gestação de substituição, as pessoas intervenientes e não esgrimir com normas despojadas de capacidade para assumir os direitos fundamentais que o tema envolve esse procuraram evidenciar.

Adverte, em estudo recente, Guglielmo Verdirame:

“Se os direitos humanos, como fenómeno legal e institucional que são, se afastarem demasiado de uma ideia moral e política discernível, tornar-se-ão, a longo prazo, indefensáveis.”<sup>92</sup>.

É determinante ter um Direito criterioso, sem lassidão axiológica. Sob pena de os juristas que somos, haveremos de recordar, acerca do entendimento normativo das leis que se fazem no mundo em que vivemos, e bem assim, do seu sedimento axiológico, e não apenas com boa saudade literária, o que escreveu Steinbeck sobre um lugar mitificado<sup>93</sup>, que marcou leituras adolescentes de vários de nós:

“Os seus habitantes são, como disse o homem certa vez, ‘pegas, alcoviteiras, batoteiros e filhos da mãe’, com o que pretendia dizer ‘toda a gente’. Tivesse o homem espreitado por outra frincha e talvez dissesse ‘santos e anjos, mártires e homens bons’, e significaria a mesma coisa.”.

Pesem todos os relativismos a que temos a liberdade de aderir, os Direitos das Crianças não se compadecem com decisões confusas, nem com pressas desmedidas, nem com opções mal geridas.

---

<sup>92</sup> Guglielmo Verdirame, *Human Rights in Political and Legal Theory*, “Legal Studies. Research Paper Series”, King’s College London Dickson Poon School of Law, Paper No. 2014-31, 2016, pp. 1-22 (22). Disponível em [safaat.lecture.ub.ac.id](http://safaat.lecture.ub.ac.id).

<sup>93</sup> John Steinbeck, *Bairro da Lata*, Editora Ulisseia, Limitada, 1958, p. 1.