NOTA PRÉVIA

A obra apresentada corresponde à tese elaborada no âmbito do Doutoramento em Ciências Jurídicas, na vertente de Ciências Jurídicas Privatisticas, entregue à Escola de Direito da Universidade do Minho em fevereiro de 2021. A tese foi discutida publicamente em 23 de julho de 2021.

Foram feitas breves atualizações de jurisprudência e legislação até ao final do ano de 2021. Em particular, atendendo à alteração legislativa à Lei da Procriação Medicamente Assistida, introduzida pela Lei n.º 90/2021, de, 16 de dezembro, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2022, e que veio estabelecer o novo regime jurídico de acesso à gestação de substituição em Portugal, decidimos acrescentar um subtópico ao nosso trabalho. Este foi inserido na 2.ª parte da nossa investigação, nomeadamente no subcapítulo III, do capítulo II, após a análise do futuro da gestação de substituição no ordenamento jurídico português.

Conforme se depreenderá da análise apresentada, a supracitada alteração legislativa não afecta a génese e o conteúdo do nosso estudo. Ademais, sempre que necessário, fomos mencionando a referida alteração em notas de rodapé, para fim de respetiva atualização. Refere-se, ainda, que a menção à Lei da Procriação Medicamente Assistida é feita, na generalidade, atendendo à redação que esta Lei tinha à data das nossas provas públicas. A referência à versão atual desta Lei, contendo as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2021, será expressamente mencionada. Desta forma, na leitura da obra deverá ter-se em conta este pormenor.

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

AGRADECIMENTOS

Um especial reconhecimento à Prof.ª Doutora Anabela Gonçalves, a minha orientadora. As minhas palavras serão insuficientes para transmitir a infindável gratidão pela ajuda incansável, disponibilidade, motivação, dedicação, ensinamentos, troca e partilha de ideias, recomendações, críticas e observações ao longo de todo o meu percurso académico e profissional. O seu rigor científico aliado à sua humanidade foram valiosos para não perder o foco, enriqueceram este trabalho e contribuíram para a minha formação académica e pessoal.

Os votos de agradecimento são extensíveis ao júri das minhas provas de Doutoramento:ao Senhor Professor Doutor Luís Couto Gonçalves que muito me honrou com a presidência das provas;à Senhora Professora Doutora Helena Mota e à Senhora Professora Doutora Eva Sónia Moreira, pelas excelentes arguições feitas nas provas; à Senhora Professora Doutora Cristina Araújo Dias, à Senhora Professora Doutora Dulce Lopes e à Senhora Professora Doutora Laura Carballo Piñero, que muito me honraram com a sua presença no júri.

O meu agradecimento à Fundação de Ciência e Tecnologia (FCT), pela bolsa de doutoramento que me foi concedida.

Uma palavra de gratidão à Escola de Direito da Universidade do Minho, a minha casa enquanto aluna e, posteriormente, como docente. Agradeço a oportunidade que me proporcionou de aprofundar conhecimentos, a sua contribuição na minha formação, por me proporcionar os meios e as condições para desenvolver esta investigação. Agradeço a todos os colegas e aos funcionários não docentes da EDUM que, de alguma forma, prestaram o seu apoio, ajuda e motivação.

Aos colegas do 1.º curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas da EDUM com componente letiva. À minha família e amigas, a quem privei substancialmente da minha presença e do meu tempo nos últimos anos. Obrigada pela constante motivação e incentivo. Em especial, aos meus pais que sempre me permitiram seguir os meus objetivos e me proporcionaram as condições para traçar o meu percurso académico e profissional. Aos meus sobrinhos, tantas

vezes privados da minha disponibilidade, cuja vivacidade e alegria infantil tornaram os dias mais coloridos. Por fim, o meu especial agradecimento ao Tiago, que tornou esta gestação mais leve. Foram horas infindáveis a ouvir as minhas ideias, preocupações, teorias, divagações, sempre com uma palavra de incentivo, ânimo e força. Obrigada pelo companheirismo demonstrado numa fase que nos privou de tempo para outras atividades e planos, mas que mostrou que o que importa não é o destino mas a companhia na jornada da vida.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

AS PROBLEMÁTICAS E OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS EM TORNO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

RESUMO

A nossa investigação procura enunciar, refletir e analisar as principais problemáticas e os desafios jurídicos desencadeados pela prática de gestação de substituição.

A gestação de substituição coloca desafios a conceitos, institutos ou figuras jurídicas tradicionais, quer do Direito Contratual, quer do Direito da Família e dos Direitos Fundamentais de todas as partes envolvidas.

No nosso ordenamento jurídico, as alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, suscitaram a necessidade de uma nova reflexão sobre esta temática. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 é reflexo da controvérsia do tema, nomeadamente das problemáticas associadas à admissibilidade e ao regime jurídico da gestação de substituição.

Adicionalmente, os perigos, riscos e consequências da prática da gestação de substituição transfronteiriça têm despertado cada vez mais o interesse e a preocupação de instituições e organizações europeias e internacionais, debatendo-se a necessidade e urgência dos Estados legislarem (interna e internacionalmente) sobre o tema e, sobretudo, de garantirem os direitos da criança nascida na sequência de um contrato de gestação de substituição. Nesta medida, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem contribuiu para uma mudança de paradigma no tratamento de algumas problemáticas da gestação de substituição, nomeadamente quanto ao reconhecimento de efeitos da filiação constituída em país estrangeiro.

Neste contexto, propomos o estudo das problemáticas e desafios da gestação de substituição, desde os seus conceitos basilares aos argumentos favoráveis ou obstativos à sua prática, incluindo o regime jurídico na ordem jurídica portuguesa e a gestação de substituição transfronteiriça. Este estudo será auxiliado por legislação, doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, a partir da qual tentaremos apresentar uma nova reflexão sobre o tema e apresentar algumas soluções.

PALAVRAS-CHAVE

contrato, criança, filiação, gestação de substituição, turismo reprodutivo

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA 5
DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS 7
AGRADECIMENTOS 9
AS PROBLEMÁTICAS E OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS EM TORNO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO 11
CONTEMPORARY PROBLEMS AND CHALLENGES RELATED TO SURROGACY 13
ABREVIATURAS E SIGLAS 25
MODO DE CITAR 29

INTRODUÇÃO 33
1. Objeto da investigação 33
2. Delimitação do âmbito da investigação 44
3. Plano de exposição 50

PARTE I
DA CONTEXTUALIZAÇÃO AO DIREITO COMPARADO: A EMERGÊNCIA DA PRÁTICA SOCIAL E JURÍDICA DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO 53

CAPÍTULO I
ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-SOCIAL DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: DA MERA FICÇÃO À REALIDADE JURÍDICA 55
1. A origem da gestação de substituição 55
2. O olhar da religião sobre a gestação de substituição 62

3. A gestação de substituição a partir da 2.ª metade do século XX até à contemporaneidade 67
3.1. Os primeiros casos judiciais 67
3.2. Uma história repleta de casos polémicos 82

CAPÍTULO II
AS PROBLEMÁTICAS EM TORNO DO CONCEITO, DA TERMINOLOGIA, DAS MODALIDADES E DAS CAUSAS 95
1. Desconstruir a definologia de gestação de substituição: o que é a gestação de substituição 96
2. Da multiplicidade à divergência terminológica: um problema de semântica 108
2.1. As nomenclaturas 108
2.2. Posição adotada 111
3. As modalidades de gestação de substituição 118
3.1. Quanto à proveniência do material genético 120
3.1.1. Em sentido restrito: quanto à proveniência do ovócito 122
3.1.2. Em sentido amplo: as combinações genéticas 126
3.1.3. Posição adotada 129
3.2. Quanto ao método de reprodução 132
3.3. Quanto à existência ou inexistência de atribuições patrimoniais pela gestação de substituição 138
3.3.1. A natureza onerosa ou gratuita da gestação de substituição 138
3.3.2. A gratuitidade ou onerosidade como fundamento para a gestação de substituição 142
i). A intermediação como promotor de maior segurança e de equilíbrio entre a oferta e procura 143
ii). Consentimento 149
iii). A influência terminológica, a exploração económico-social e a maior tendência para a aceitação da gestação de substituição a título gratuito 151
iv). A contratualização da reprodução, a coisificação e a instrumentalização: o negócio de bebés 157
v). Comparação com a proibição de pagamentos na doação de órgãos, gâmetas e embriões e adoção 170
vi). A proteção da criança 184
3.4. Quanto à relação entre a gestante e os beneficiários 188
3.5. Quanto ao modelo e critérios de estabelecimento da filiação: o modelo de transferência legal da parentalidade *versus* o modelo de transferência judicial da parentalidade e os critérios de estabelecimento da filiação na gestação de substituição 192

3.6. Quanto ao âmbito territorial ou espacial 210
4. As causas de recurso à gestação de substituição 212
4.1. Causas clínicas 212
4.2. Causas sociais 214
4.3. Incapacidade biológica natural de gerar uma criança: o acesso à gestação de substituição por homens 216
4.4. Outras causas: o caso da gestação de substituição *post mortem* 231

CAPÍTULO III
A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO 243
1. Do vácuo legislativo à diversidade regulatória: contextualização 243
2. Estados proibicionistas 245
2.1. Alemanha 246
2.2. Espanha 247
2.3. França 250
2.4. Itália 254
2.5. Outros países europeus 255
2.6. Países sem regulamentação legal mas tendencialmente com uma posição proibitiva 260
3. Estados permissivos 267
3.1. Rússia 269
3.2. Ucrânia 273
4. Posição intermédia 277
4.1. Austrália 278
4.2. África do Sul 280
4.3. Canadá 282
4.4. Grécia 284
4.5. Índia 288
4.6. Israel 292
4.7. México (Tabasco e Sinaloa) 295
4.8. Reino Unido 297
4.9. Uruguai 309
4.10. Outros países asiáticos 309
4.11. Países sem legislação 313
5. O caso particular dos EUA 322

PARTE II
DA ADMISSIBILIDADE OU PROIBIÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO AO CASO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS 329

CAPÍTULO I
ENTRE A ADMISSIBILIDADE E A PROIBIÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO 331

SUBCAPÍTULO I
A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO EXERCÍCIO DE DIREITOS REPRODUTIVOS E DO DIREITO A CONSTITUIR FAMÍLIA 333
1. O significado dos direitos reprodutivos como direitos humanos 333
2. O âmbito material dos direitos reprodutivos e a delimitação do conteúdo do direito à reprodução 342
3. O direito à reprodução contempla a reprodução por via da gestação de substituição? 354
4. Os direitos reprodutivos na Constituição da República Portuguesa e a problemática do direito à reprodução constitucionalmente imposto *versus* a relevância constitucional positiva da gestação de substituição 360
   4.1. A proteção dos direitos reprodutivos no texto constitucional 360
   4 2. O direito à reprodução, em especial à luz do direito ao desenvolvimento da personalidade, ao direito a constituir família, da proteção da família e do acesso à saúde reprodutiva 376
      4.2.1. Direito *versus* desejo de ter um filho 376
      4.2.2. O conteúdo e os limites ao direito constitucional à reprodução como forma de constituir família 381
      4.2.3. O direito à reprodução ou a constituir família com recurso à gestação de substituição é um direito constitucionalmente protegido? 401

SUBCAPÍTULO II
A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E A LIBERDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO: ENTRE A AUTONOMIA PESSOAL, A PERSONALIDADE HUMANA E A INTEGRIDADE PESSOAL 417
1. A gestante de substituição e a proteção constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do direito à integridade pessoal 417

2. A proteção civilística da personalidade humana à luz dos direitos de personalidade como fundamento de admissibilidade da gestação de substituição 431
3. A disposição do corpo humano pela gestante de substituição 441
3.1. Direito de disposição sobre o próprio corpo 441
3.2. Um bem de personalidade ou um bem de propriedade 451

SUBCAPÍTULO III
A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE CONTRATUAL DAS PARTES 463
1. A natureza jurídica do contrato de gestação de substituição 464
1.1. A gestação de substituição enquanto negócio jurídico 464
1.2. A tipologia do contrato de gestação de substituição 476
1.2.1. Contrato de alienação 479
1.2.2. Contrato de concessão de gozo 483
1.2.3. Contrato de prestação de serviços típico ou atípico 486
1.2.4. Posição adotada 490
2. A autonomia privada, liberdade contratual e limites face à gestação de substituição 494
3. A (in) compatibilidade com o direito da família 513

SUBCAPÍTULO IV
O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA 519
1. Enquadramento geral 519
2. O superior interesse da criança como critério auxiliador da resolução de litígios 531

SUBCAPÍTULO V
ALTERNATIVAS À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: MITO OU REALIDADE 539
1. Alternativas atuais 540
1.1. As técnicas de PMA 540
1.2. O transplante de útero 542
1.3. A adoção 547
2. Alternativas futuras 553
2.1. A ectogénese (útero artificial) 553
2.2. Outras técnicas de PMA 559

CAPÍTULO II
O *STATUS QUO* DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS 561

SUBCAPÍTULO I
O REGIME JURÍDICO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO 561
1. Na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho 561
1.1. O regime jurídico da maternidade de substituição 561
1.1.1. Proibição 563
1.1.2. Filiação 565
1.1.3. Responsabilidade penal 569
i). As sanções penais 569
ii). A (in) constitucionalidade do artigo 39.º da LPMA à luz do acórdão n.º 101/2009 571
1.2. As tentativas de alteração do regime jurídico da maternidade de substituição 575
2. A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto e a sua regulamentação: o acesso à gestação de substituição no ordenamento jurídico português 590
2.1. As condições de admissibilidade 593
2.1.1. Quanto às causas 593
2.1.2. Quanto à natureza gratuita 595
2.1.3. Quanto à relação entre a gestante de substituição e os beneficiários e a exigência de ligação genética 595
2.1.4. Quanto ao recurso às técnicas de PMA 596
2.1.5. Quanto à necessidade de autorização prévia do CNPMA para a celebração do contrato de gestação de substituição e parecer (não vinculativo) da Ordem dos Médicos 597
2.1.6. Quanto ao consentimento 601
2.2. As partes do contrato de gestação de substituição 606
2.2.1. Beneficiários 606
2.2.2. Gestante de substituição 618
2.3. Substância do contrato de gestação de substituição 622
2.4. Os direitos e deveres das partes por força da aplicação das regras da LPMA 629
2.5. O estabelecimento da filiação 632
2.6. Sanções 641

SUBCAPÍTULO II
AS LACUNAS, AS FRAGILIDADES E OS DESAFIOS AO REGIME JURÍDICO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO ACÓRDÃO N.º 225/2018 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 643
1. O acórdão n.º 225/2018: uma síntese da factologia e do direito 643
2. A dignidade da pessoa humana no modelo de gestação português português da Lei n.º 25/2016 647
3. As vicissitudes do regime jurídico da gestação de substituição: a (in) compatibilidade entre um negócio eminentemente pessoal e o direito contratual 660
3.1. Limites à livre revogação do consentimento *versus* o direito ao arrependimento da gestante 660
3.2. O regime de nulidade da Lei n.º 25/2016 687
3.3. As insuficiências e indeterminabilidade do regime legal da gestação de substituição 690
4. O anonimato da gestante face ao direito ao conhecimento das origens genéticas e da identidade da gestante 692

SUBCAPÍTULO III
O FUTURO DA GESTAÇÃO DE SUBSTIUIÇÃO EM PORTUGAL 695
1. Nova tentativa de regular a gestação de substituição e o acórdão n.º 465/2019 695
1.1. O Decreto-Lei n.º 1030/XIII (BE) 695
1.2. O acórdão n.º 465/2019 do Tribunal Constitucional 699
2. O futuro jurídico da gestação de substituição 700
2.1. Cenário legislativo 700
2.2. Modelo e regime jurídico da gestação de substituição: a nossa proposta 706
2.3. A Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro: a alteração ao regime jurídico da gestação de substituição 716

PARTE III
A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO CONTEXTO TRANSFRONTEIRIÇO OU INTERNACIONAL 727

CAPÍTULO I
O TURISMO REPRODUTIVO 729
1. Contextualização 729
2. País de destino dos beneficiários e do nascimento da criança 735
3. País de origem dos beneficiários e de receção da criança 745

CAPÍTULO II
A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NOS INSTRUMENTOS LEGAIS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES/ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS 753
1. Organização das Nações Unidas 753
1.1. Instrumentos legais 753
1.2. O papel da ONU 755
2. Conselho da Europa 762
2.1. Instrumentos legais 762
2.2. O papel do Conselho da Europa 768
3. União Europeia 771
3.1. Instrumentos legais 771
3.2. O papel da União Europeia 783
4. Conferência de Haia de Direito Internacional Privado 787
4.1. Instrumentos legais 787
4.2. O papel da Conferência de Haia e o projeto sobre filiação legal/gestação de substituição 789
4.2.1. A necessidade de regulamentação internacional 789
4.2.2. O projeto sobre filiação/gestação de substituição 795

CAPÍTULO III
A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS: PROBLEMAS DE ORDEM PRÁTICA 813
1. Enunciação 813
2. A constituição e o reconhecimento da filiação no âmbito da gestação de substituição transfronteiriça 814
2.1. A lei aplicável à constituição da filiação à luz das normas de conflitos portuguesas e o registo de nascimento da criança nascida em Portugal 814
2.1.1. O art. 56.º do Código Civil 814
2.1.2. O registo de nascimento e da filiação da criança nascida em Portugal e a atribuição da nacionalidade 829
2.2. O reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro 831
2.2.1. A transcrição de atos de registo civil lavrados no estrangeiro 831
2.2.2. O reconhecimento de sentenças proferidas no estrangeiro: a revisão e confirmação 835
3. Os conflitos de lei quanto à validade e (in) cumprimento do contrato de gestação de substituição 837
4. As disposições legais de proibição da gestação de substituição como normas de aplicação imediata 841

5. A intervenção da reserva de ordem pública internacional 845
5.1. Enquadramento legal 845
5.2. A ROPI como limite à gestação de substituição transfronteiriça 850

CAPÍTULO IV
CONTRIBUTOS E ORIENTAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH EM MATÉRIA DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO INTERNACIONAL: MUDANÇA DE PARADIGMA 861
1. Contextualização 861
2. A jurisprudência do TEDH sobre gestação de substituição internacional 862
2.1. Casos Mennesson, Labassee, Foulon e Bouvet, Laborie, C e E, D contra França 863
2.2. Caso D e Outros contra Bélgica 873
2.3. Caso Paradiso e Campanelli contra Itália 874
2.4. Caso Lanzmann contra França 882
3. Opinião Consultiva do TEDH de 10 de abril de 2019 887
4. A jurisprudência do TEDH como contributo para a mudança de paradigma da regulamentação da gestação de substituição 890

CONCLUSÃO 909

BIBLIOGRAFIA 931
JURISPRUDÊNCIA 999