

NOVAS FAMÍLIAS: FILIAÇÃO E A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA REFLEXOS REGISTAIS

Paula Marina Lopes

Conservadora do Registo Civil, Membro do Conselho Consultivo do Instituto dos Registo e do Notariado, IPSecção de Registo Civil, Portugal

Resumo: O presente trabalho pretende dar a conhecer, em traços muito gerais, a evolução do direito da família, em Portugal, incidindo a reflexão em especial sobre as diferenças e contrastes entre os vínculos jurídicos de filiação (biológica), adoção e parentalidade estabelecida por consentimento em Procriação Medicamente Assistida. Abordaremos o regime jurídico da gestação de substituição e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, publicado no Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, que declara a inconstitucionalidade de algumas normas da Lei 32/2016, de 22 de julho.

Palavras-chave: Família; filiação; adoção; procriação medicamente assistida; gestação de substituição; registo civil.

1. Do século XX ao século XXI

No sistema jurídico português não encontramos uma definição de família, quer na Constituição da República Portuguesa (CRP), quer no Código Civil (CC). O seu conceito tem sido delineado a partir das fontes de relações familiares, tipificadas no artigo 1576.º do Código Civil. No entanto, é na vida concreta e em

movimento que as famílias se definem. A vida precede o Direito.

Na primeira metade do século XX a família era, essencialmente, patriarcal e religiosa. Assentava no casamento e na desigualdade entre homens e mulheres, bem como na discriminação dos filhos nascidos fora do matrimónio.

No início da segunda metade do século XX foram introduzidas algumas reformas, neste ramo do Direito, mediante a publicação do Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro, de 1966 (Código Civil de 1966). Este diploma trouxe algumas alterações, todavia, manteve a ideologia política da época tendo o legislador acentuado que não pretendia ir (...) *ao extremo absurdo de proclamar a igualdade jurídica dos cônjuges, a qual acabaria por destruir a necessária unidade da família, além de esquecer a profunda desigualdade natural dos dois sexos, que está na base da união matrimonial*¹.

Só com a queda do regime político anterior, em 1974, se encetou uma paulatina, mas profunda reforma do sistema jurídico português.

A 10 de abril de 1976 foi publicada a Constituição da República Portuguesa (CRP)².

A Lei Fundamental no seu artigo 1º subordinou a ordem jurídica portuguesa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio que, aliás, se encontra refletido em diversas normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem passou a ser o texto orientador em matéria de interpretação e integração das normas legais e constitucionais (artigo 16.º da CRP).

Dos mais relevantes direitos fundamentais vigentes destacamos: o direito de igualdade, o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de igualdade, o direito à não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento com a consequente proibição do uso oficial de menções discriminatórias relativas à filiação e o direito à identidade pessoal e genética (artigos, 13.º36.º e 26.º da CRP).

As alterações políticas, sociais e éticas, pós-revolução, determinaram uma rápida mudança no direito da família. A primeira grande alteração ocorreu com a publicação do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro. Desde então, este ramo do direito está em permanente mutação, da mesma maneira que a sociedade nacional e internacional se transmuta, social, económica e cientificamente.

A globalização e a facilidade de movimentação entre países têm contribuído para a mudança de paradigma familiar no direito português e no direito ocidental em geral.

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem dado

1 Projeto de Código Civil, Ministério da Justiça, Lisboa 1966, pág. XXXI

2 Decreto de aprovação da Constituição de 10 de abril, da Assembleia Constituinte reunida na sessão plenária de 2 de abril de 1976.

o seu contributo para as alterações legislativas dos países europeus, com a sua jurisprudência baseada nos artigos 8.º, 12.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH),³⁴ incentivando os estados contratantes à mudança.

Em Portugal, da segunda metade do século XX ao século XXI, o direito da família foi-se moldando ao princípio de que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. A família é o elemento primordial da sociedade, incumbindo ao Estado criar as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. Porém, a família já não é o que era, está em constante evolução e o legislador é frequentemente chamado a refletir e a legislar no sentido de proteger novos núcleos familiares. Assim, foi publicada a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que permite a celebração de casamento de pessoas do mesmo sexo, o Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro, que criou o apadrinhamento e concedeu aos homossexuais a possibilidade de constituírem relações familiares idênticas à da filiação, a que se seguiu a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, que eliminou as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais

3 Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 3 de setembro de 1953. Em Portugal foi ratificada pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro.

ARTIGO 8º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

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 infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

ARTIGO 12º

Direito ao casamento

A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

ARTIGO 14º

Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

4 Por exemplo em matéria de filiação ilegítima o acórdão Marck. Bélgica, de 13 de junho de 1979, o TEDH entendeu que o Estado Belga deveria ter uma previsão legal que possibilitasse o reconhecimento da filiação no ato de registo no que respeita às mães solteiras. Paula Marck e Alexandra Marck invocaram violação do artigo 8.º e 14.º do CEDH, pelo facto de a lei belga não permitir à mãe solteira estabelecer a filiação no ato de registo e discriminar os filhos ilegítimos em matéria sucessória. Entretanto a lei Belga foi alterada.

relações jurídicas familiares.

A família em sentido restrito decorre da maternidade e da paternidade que são valores sociais eminentemente constitucionalmente protegidos (artigos 67.º e 68.º da CRP). Todos os cidadãos têm direito a constituir família e a contrair casamento em condições de plena igualdade (artigo 36.º da CRP). A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano que *engloba o direito à historicidade* (artigo 26.º n.º 3 da CRP).⁵

A filiação no direito interno está pensada em função do biologismo, da biparentalidade, da procriação por ato sexual. Contudo, o legislador tem estado atento a estruturas familiares de outra natureza, como as famílias biológicas/biparentais assentes numa relação conjugal, as monoparentais, as recompostas por elementos de vários relacionamentos, as resultantes de união de facto, as relações familiares derivadas da adoção e as resultantes de recurso a técnicas de procriação medicamente assistidas que podem ter ou não conexão biológica com os ascendentes. Todas elas reclamam proteção jurídica, na medida em que cada elemento que as compõe tem direito à dignidade de pessoa humana, à privacidade e à identidade pessoal e genética.

Atualmente, os vínculos jurídicos de filiação podem ser de natureza biológica, adotiva ou por consentimento em procriação medicamente assistida.

2. O casamento de pessoas do mesmo sexo e o direito ao filho

Na sequência da admissibilidade de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, plasmada na Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, a sociedade e o legislador foram chamados a refletir sobre o *direito ao filho*, por parte dos casais homossexuais. Esta lei foi o ponto de partida para uma nova visão da família.

A publicação da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, alargou o acesso da adoção a casais do mesmo sexo. Em termos substanciais ela circunscreve-se a um artigo que determina alterações a outros diplomas em conformidade.⁶ O seu enunciado é o seguinte “*A presente lei elimina 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 e à vigésima terceira alteração ao Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho*”.

Foi concomitantemente alterado o Código do Registo Civil, aditando-

5 Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa., 2ª edição revista e ampliada, 1º volume, Coimbra Editora.

6 Dá nova redação ao artigo 3º da referida Lei n.º 9/2010, bem como ao artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

se-lhe o n.º 3 ao artigo 1.º “*Quando os sujeitos da relação jurídica de filiação, adoção ou apadrinhamento civil estejam casados ou unidos de facto com pessoa do mesmo sexo, os assentos, averbamentos ou novos assentos de nascimento no registo civil são efetuados de forma idêntica à prevista nas leis em vigor para casais de sexo diferente*”.

Esta legislação teve impacto na terminologia usada pelo registo civil como veremos de seguida e veio permitir a parentalidade homóloga no registo.

3. O registo civil português e a filiação

O registo civil visa inscrever todos os factos jurídicos que determinam, modificam ou extinguem a condição jurídica das pessoas individualmente consideradas, bem como da sua condição jurídica no seio familiar.

É o registo civil que publicita os principais factos jurídicos regulados pelo direito da família, sujeitos a registo obrigatório, como o casamento, a filiação e a adoção. A prova dos factos registados tem uma presunção de verdade que só pode ser ilidida mediante ação de estado ou ação de registo, nas quais se determinará o cancelamento ou retificação do registo impugnado (artigos 2.º, 3.º e 4.º do CRC).

O registo civil deve oferecer segurança quanto aos dados registados e publicitados, pois como dizia Pedro Chaves “*o indivíduo pertence à família e ao Estado*”.⁷

A prova da filiação, salvo os casos previstos na lei, faz-se nos termos das leis do registo civil, ou seja, por acesso à base de dados ou por meio de certidão em papel ou *online*.⁸

Tal como o Código Civil, o Código do Registo Civil, em matéria de filiação foi construído sobre o ideal biológico, com base no pressuposto de que todo o ser humano tem um pai e uma mãe, os quais coincidem com a ascendência biológica.

O nascimento deve ser declarado no prazo de 20 dias após a ocorrência (artigo 96.º do CRC), em qualquer conservatória do registo civil ou na unidade de saúde, se possível. Tal declaração é verbal e não carece, tão pouco, de assinatura dos declarantes tendo em conta que é colhida por oficial dotado de fé pública, com especial responsabilidade e qualificação jurídica.

Relativamente aos nascimentos ocorridos em território português, deve ser exibido documento emitido por estabelecimento de saúde que comprove a data do parto e contenha a identificação da parturiente. No que respeita às crianças nascidas no estrangeiro a lei não exige para a inscrição de nascimento, que é também atributiva da nacionalidade, a exibição de qualquer documento em especial

7 Comentário ao Código do Registo Civil de 22 de Dezembro de 1932, 3ª edição, Procural.

8 Artigo 4.º, 211.º do Código do Registo Civil e Portaria n.º 181/2017, de 31 de maio.

bastando a junção da certidão de nascimento estrangeira.

Atualmente, há diversos estabelecimentos de saúde públicos e privados com espaços pertencentes ao Instituto dos Registos e Notariado, IP.(IRN), onde é possível durante o internamento da parturiente efetuar o registo de nascimento e o cartão de cidadão do recém-nascido. São os denominados serviços “*Nascer Cidadão*”. Nestes serviços é obrigatório o registo informático (de acesso limitado às unidades de saúde, ao IRN IP. e à segurança social) dos dados do nascimento: data e hora, sexo da criança, nome e residência da parturiente. O nascimento declarado nos serviços *Nascer Cidadão* deve ser comprovado por consulta do registo informático do estabelecimento de saúde.

O legislador confere ao conservador ou oficial de registo o dever de averiguar a exatidão das declarações prestadas, desde que tal averiguação não impeça que o assento seja lavrado logo após a declaração verbal (n.º 3 e 5.º do artigo 102.º do CRC).

A lei reguladora do estabelecimento da filiação é a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação, como estipula o n.º 1 do artigo 56.º do Código Civil, com os elementos de conexão previstos no n.º 2 do mesmo artigo.

Iremos, agora, abordar a relação jurídica da filiação à luz da lei portuguesa.

A maternidade em relação à mãe resulta do facto do nascimento, como estipula o artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil e estabelece-se por declaração. “*Mater sempre certa est*”. Se o nascimento ocorreu há menos de um ano, a maternidade fica estabelecida, sendo tal facto comunicado à mãe.

Se o nascimento ocorreu há mais de um ano, a maternidade fica estabelecida se a mãe for a declarante ou, não o sendo, se depois de notificada nada vier dizer ao registo (artigos 1804.º e 1805.º do CC, artigos 112.º, 113.º e 114.º do CRC). Caso a mãe não possa ser notificada ou negando esta a maternidade a respetiva menção no assento de nascimento fica sem efeito. Tudo isto sem prejuízo da viabilidade de impugnação da maternidade, nos termos da lei (1807.º do CC), de que não cuidaremos aqui, e da prova da maternidade prevista no artigo 1816.º do CC.

Relativamente ao pai, a filiação no registo civil estabelece-se por reconhecimento voluntário ou por presunção, sem prejuízo do reconhecimento em testamento, escritura pública ou termo em juízo (1826.º e 1853.º do CC).

Embora o Código Civil continue a consagrar a presunção de paternidade relativamente ao marido da mãe permite que esta declare, no ato de registo de nascimento, que o filho não é do marido podendo ser lavrado o assento de nascimento sem menção de paternidade ou com a paternidade reconhecida de imediato, se o pai biológico estiver presente. No caso de a paternidade ficar omissa, comunica-se ao tribunal, para efeito de investigação. Constando do assento o reconhecimento voluntário da paternidade, o marido da mãe poderá impugná-la, se assim o entender, no prazo legalmente previsto.

O moroso, burocrático e penoso processo de afastamento de presunção da paternidade, foi desjudicializado, simplificado e finalmente abolido do Código do Registo Civil e mais uma vez em respeito ao biologismo em detrimento da filiação “moral” resultante do casamento.

As regras acabadas de referir respeitam à filiação biológica.

4. A adoção

Vejamos, muito sumariamente, as regras da adoção regulada pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro e pelos artigos 1793.º a 1991.º do Código Civil.

O artigo 1586.º do CC define a adoção como um vínculo semelhante à filiação natural, que independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas. O que distingue a adoção da filiação (termo jurídico assento no biologismo) é ser um vínculo afetivo e não de consanguinidade. É uma relação familiar afetiva na qual o adotado adquire a situação de filho do adotante e se integra com os seus descendentes na família deste (artigo 1986.º do CC).

Só podem ser adotados menores de 15 anos e, excecionalmente, criança com menos de 18 anos que esteja confiada aos adotantes ou a um deles, desde idade não superior a 15 anos, ou que seja filha do cônjuge do adotante.

O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial que deve ser, oficiosamente, comunicada a uma conservatória do registo civil, para efeito de averbamento ao assento de nascimento do registado.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, a adoção podia ser restrita ou plena. A nova lei eliminou a adoção restrita, pelo que atualmente em Portugal existe, apenas, o vínculo jurídico de adoção plena. Esta pode ser conjunta ou singular. É conjunta se for feita por um casal ou por duas pessoas que vivam em união de facto, independentemente do sexo, conforme resulta da conjugação do n.º 1 do artigo 1979.º do CC, com o artigo 7.º da Lei n.º 7/2001 e artigo 2.º da Lei n.º 2/2016. É singular se for feita por uma só pessoa independentemente de ser casada ou não (artigo 1975.º, 1976.º, e n.º 2 do 1979.º, todos do CC).

A adoção singular admite que criança seja adotada pelo cônjuge do primeiro adotante ou pela pessoa que com esta viva em união de facto (artigo 1795.º do CC e artigo 7.º da citada Lei n.º 7/2001).

A adoção tem subjacente à sua constituição o consentimento das pessoas elencadas no artigo 1981.º do CC, nomeadamente do adotante, da própria criança se for maior de 12 anos, do cônjuge do adotante, e dos pais do adotando. A mãe do adotando só pode prestar o consentimento para a adoção decorridas seis semanas após o parto (n.º 3 do artigo 1982.º do CC).

Quanto à idade para ser adotante, a lei exige na adoção conjunta que ambos

os cônjuges ou as pessoas que vivam em união de facto tenham mais de 25 anos; na adoção singular que o adotante tenha mais de 30, ou mais de 25 se o adotando for filho do cônjuge ou da pessoa que com ele viva em união de facto. A lei prevê ainda para adoção conjunta que o casal esteja casado ou unido de facto há mais de 4 anos (n.ºs 1 e 2 do artigo 1979.º do CC e artigo 7.º da Lei n.º 7/2001)

O vínculo jurídico de adoção ingressa no registo civil, por averbamento ao assento de nascimento da criança, após o que pode, ou melhor deve (em nossa opinião) ser lavrado um novo assento, no qual se integram os pais e os avós adotivos, bem como a alteração de nome que tenha sido determinada. O assento primitivo não é cancelado e deve ser consultado, em qualquer processo de casamento que venha a ser instaurado relativamente ao adotado, para aferição da inexistência de impedimento matrimonial de consanguinidade (também este pensado em função do biologismo como decorre da conjugação do artigo 1602.º e 1604.º e 1577.º e 1586.º, todos do CC).

5. Parentalidade na procriação medicamente assistida (PMA)

E quanto à filiação ocorrida por recurso a técnicas de Procriação Medicamente Assistida (técnicas cujos traços gerais abordaremos adiante), como se estabelece?

Seria de esperar que o legislador tivesse estabelecido regras registais específicas para estes registos, quer tenham ocorrido em território português, quer no estrangeiro, mas na verdade não o fez, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos.⁹

O legislador português limitou-se a abordar a questão, de forma pouco clara, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 20.º e no artigo 14.º da referida Lei n.º 32/2006. Estipulou que a filiação fica estabelecida relativamente ao beneficiário que deu o seu consentimento escrito e que o comprovativo do consentimento deve ser exibido caso aquele esteja ausente no momento do registo.

A-propósito do consentimento constitutivo do vínculo de parentalidade, Guilherme de Oliveira entende que deveria ser apresentado, no registo, o consentimento escrito em obediência ao disposto no artigo 14.º da Lei n.º 32/2006.¹⁰ Com efeito, a segurança registal assim o determinaria, mas a lei apesar de exigir o consentimento escrito esclarece que este é prestado perante o médico e só é exigível a sua exibição caso o autorizante não esteja presente no ato de

9 Por exemplo como se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional de que falaremos adiante a Noruega, embora não admita a gestação de substituição, clarificou as regras de reconhecimento da paternidade das crianças nascidas através de gestação de substituição no estrangeiro.

10 <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Estabelecimento-da-Filiac%CC%A7a%CC%83o.pdf>

registo (artigo 20.º, n.º 2, e n.º 1 do artigo 14.º da mesma lei). Parece depreender-se desta construção jurídica que o legislador pretendeu que, registalmente a filiação por recurso a técnicas de PMA se estabeleça nos mesmos moldes em que se estabelece na filiação biológica, por mera declaração. Diga-se, em abono da verdade, que a maioria das vezes o conservador ou o oficial que lavra o registo não tem conhecimento de que houve procriação medicamente assistida, basta que os declarantes se apresentem com um documento do estabelecimento de saúde, do qual conste a identificação da parturiente e a indicação de que esta deu à luz um nado vivo, para que se lavre o registo. Os registos lavrados nestas circunstâncias, nos seus trâmites, são exatamente iguais aos registos com filiação biológica e profundamente diferentes dos registos com filiação adotiva.

Como são diferentes enquanto instrumentos que a montante permitem, ao registado, o acesso à identidade pessoal e genética. O legislador em matéria registal encara de forma diferente o direito à identidade, consoante se trate de vínculo jurídico de filiação adotiva ou por consentimento, no âmbito das técnicas de PMA. O adotado pode, nos termos do artigo 1990.º-A e artigo 6º da Lei n.º 143/2015 de 8 de setembro (Regime Jurídico da Adoção), ter conhecimento da sua identidade genética e historicidade a partir dos 16 anos. O regime jurídico da adoção não alterou o artigo 214.º do Código do Registo Civil que prevê a possibilidade de o próprio registado poder obter certidão do assento de nascimento primitivo, do qual constam os pais biológicos¹¹, mas julgamos que este artigo deve ser interpretado com acolhimento das restrições impostas pelo citado artigo 6.º da lei 143/2015. Por outro lado, o conservador em sede de processo de casamento deve, officiosamente, verificar o assento de nascimento primitivo para confirmação da inexistência de impedimento de casamento de consanguinidade.

Tratando-se de procriação medicamente assistida efetuada em território nacional, em centros autorizados, a informação sobre a identidade genética, constará das respetivas bases de dados, que devem ser conservadas por um prazo de 30 anos, após o final da sua utilização clínica e só podem ser consultadas pelo diretor do centro de PMA ou pessoal de saúde por este designado. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) mantém, por um período de 75 anos, toda a informação centralizada acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente o registo de dadores, beneficiários e de crianças nascidas por recurso a tais técnicas, facultando-se aos interessados a possibilidade de obter informação sobre eventual existência de impedimento legal, a projetado casamento e excecionalmente podem ser obtidas informações sobre a identidade

11 Por, ora, falamos em pais biológicos, mas poderemos ter crianças geradas por procriação medicamente assistida colocadas em adoção, relativamente às quais não existe no registo qualquer documento comprovativo do facto.

do dador, por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (artigo 15.º do Lei n.º 32/2016).

A nível do registo, por força da lei, não há elementos que permitam ao registado aceder às suas origens.

O Código do Registo Civil em matéria de registo de nascimento de crianças geradas por recurso a técnicas de PMA não contém regras específicas. A vontade do legislador neste âmbito foi aflorada no n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006 e vai no sentido de impor o segredo de identidade do registado bem como o segredo quanto ao uso de técnicas de procriação medicamente assistidas, pelo que o regime declarativo é a regra, contrariamente ao que sucede com a adoção, que é sempre baseada em documentos que oferecem segurança jurídica.

O legislador português, em matéria registal, protege a identidade dos filhos adotivos e ignora por completo a identidade pessoal dos filhos gerados por recurso a técnicas de PMA. Aqueles têm no registo a sua identidade genética, que não pode ser divulgada, a não ser ao próprio, nos termos da lei, mas pode e deve ser consultada oficiosamente pelo conservador, no âmbito de processo de casamento do registado, para verificação da inexistência de impedimento legal de consanguinidade. Para a criança nascida por recurso a técnicas de PMA, o segredo de identidade no registo é absoluto e nem o conservador pode ou sabe que é necessário verificar o impedimento de parentesco, a não ser que do assento conste filiação homóloga, a qual permite intuir ascendência biológica de terceiro podendo o conservador solicitar ao registado que apresente a informação prevista no n.º 3 do artigo 15.º da citada Lei n.º 32/2006.

O segredo excessivo sobre a identidade dos dadores e o segredo absoluto sobre a identidade da gestante, no âmbito do recurso a técnicas de PMA, mereceu a censura do Tribunal Constitucional (TC), pelo que aguardamos a alteração da lei. Todavia, estamos em crer que tal alteração não se refletirá no registo, pois o legislador atual não vê o registo civil como um guardião da identidade dos cidadãos, mas antes como uma base de dados de identidades declaradas e voláteis.

6. O registo civil face à mutação da estrutura familiar

O registo civil, como não poderia deixar de ser, foi acompanhando a evolução do direito da família. Assim, após a grande reforma do direito da família de 1977 foram introduzidas diversas alterações ao Código do Registo Civil. A mais relevante remonta ao ano de 1995.

O Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, implementou um novo Código do Registo Civil. O preâmbulo deste diploma enalteceu a preparação técnica dos conservadores que esteve na base da opção política de transferir dos tribunais para as conservatórias a tramitação de processos, até então reservados à justiça.

Assim, passou a ser da competência do conservador a decisão final no processo de dispensa de impedimento para casamento, o processo de suprimento de autorização para casamento de menores e a competência para celebrar convenção antenupcial, com estipulação de um dos regimes tipo de bens do casamento previstos na lei.

O processo de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, em determinadas condições passou a poder ser instaurado e decidido na conservatória do registo civil, pelo respetivo conservador.

Passando também a pertencer ao conservador a competência para declarar a inexistência de posse de estado, por parte do filho de mulher casada, relativamente a ambos os cônjuges, no processo de afastamento da presunção de paternidade. Este processo foi, entretanto, extinto sem que o seu desaparecimento tenha causado quaisquer perturbações jurídicas, não obstante as vozes discordantes que ao tempo se fizeram ouvir. A eliminação deste processo contribuiu para o reforço da verdade biológica no âmbito do estabelecimento da filiação, na medida em que permite o reconhecimento voluntário da paternidade na declaração de nascimento, caso a mulher declare que o filho não é do marido e o pai esteja presente no ato de registo.

Todas estas alterações foram o princípio de uma caminhada de transformação. Hoje os nubentes podem celebrar perante o conservador qualquer convenção antenupcial. O divórcio por mútuo consentimento é da exclusiva competência dos conservadores, bem como o processo de atribuição de alimentos a filhos maiores, o da atribuição de casa de morada de família, o de privação de uso de apelidos do ex-cônjuge e até os processos de regulação ou alteração das responsabilidades parentais podem ser instaurados e decididos nas conservatórias.

As alterações do direito da família determinaram modificações linguísticas no registo civil. Assim, eliminou-se a distinção entre “o nubente” e “a nubente” no assento de casamento e nas peças do respetivo processo, dada a admissibilidade de casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Atualmente, o assento de casamento refere apenas “nubente” vocábulo que abrange qualquer género.

Recentemente, foram também eliminados dos assentos de nascimento os vocábulos “pai” e “mãe”, avós “paternos” e “maternos”, por imposição da Lei n.º 2/2016, atendendo a que atualmente as crianças podem ter vínculo jurídicos de filiação homólogos ou heterólogos.

7. A procriação medicamente assistida e a filiação

A infertilidade e o receio de transmissão de doenças genéticas já não são uma fatalidade, poiso desenvolvimento da ciência permite realizar o sonho da parentalidade por recurso à procriação medicamente assistida. A evolução é de tal grandeza que, atualmente, por recurso a um útero artificial é possível desenvolver fetos prematuros e, quem sabe, num futuro próximo criar vida sem recurso a

gestantes contratadas. O *Admirável Mundo Novo* deixou de ser ficção.¹²

Em Portugal, a Procriação Medicamente Assistida (PMA) foi regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, republicada pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, e regulamentada pelos Decretos Regulamentares n.º 6/2016, de 29 de dezembro, e n.º 6/2017, de 31 de julho.

Importa fazer um breve excuro pela lei para captar os princípios norteadores acolhidos pelo legislador português, alguns dos quais, entretanto, considerados inconstitucionais.

Na redação inicial da Lei n.º 32/2006, só às famílias heterossexuais era permitido recorrer a técnicas de PMA, mas rapidamente o legislador concedeu acesso às mesmas a todas as mulheres, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

O uso das técnicas de PMA tem caráter subsidiário e não alternativo da procriação, embora possam ser utilizadas por todas as mulheres, independentemente do estado civil e do diagnóstico de infertilidade.

A legislação portuguesa sobre PMA determina que deve privilegiar-se a inseminação artificial, a não ser que exista uma razão clínica que fundamente a utilização de uma outra técnica (artigo 5.º da citada Lei n.º 32/2016).

O recurso à procriação medicamente assistida pressupõe o diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doença de origem genética, infecciosa ou outra de índole grave. A sua prática em território nacional só pode ocorrer em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito, pelo Ministério da Saúde.

Podem ser beneficiários das técnicas de PMA casais de sexos diferentes, casais de mulheres casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Os beneficiários podem ser cidadãos nacionais ou estrangeiros, sendo a idade mínima de 18 anos, desde que os beneficiários não estejam interditos ou inabilitados por anomalia psíquica (artigo 6.º da referida Lei 32/2016).

A doação de espermatozoides, ovócitos e embriões por terceiros, só é admissível se médica e cientificamente se concluir não ser possível obter-se gravidez, ou uma gravidez sem doença genética grave, por recurso a qualquer técnica que utilize gâmetas dos beneficiários.

A utilização das técnicas de PMA requer o consentimento escrito, livre e esclarecido e está subordinado ao segredo sobre a identidade dos participantes e do uso das próprias técnicas, o que mereceu críticas do Tribunal Constitucional.

Os beneficiários podem livremente revogar o consentimento até ao início

12 <https://www.sindpzoo.org/news/utero-artificial-ja-existe/>

dos processos terapêuticos de PMA.

8. A gestação de substituição

A gestação de substituição passou a ser admissível, no ordenamento jurídico português, com a entrada em vigor da Lei n.º 25/2016 (que alterou a Lei n.º 32/2006), regulada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho.

Vejamos em traços gerais o seu regime, entretanto posto em causa pelo Tribunal Constitucional.

Quanto à natureza contratual, só pode ter por base um contrato gratuito, celebrado a título excecional, em que a mulher se dispõe a suportar uma gravidez, por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

O recurso à gestação de substituição pressupõe a ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeçam de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher. É também necessário que haja recurso a gâmetas de, pelo menos, um dos beneficiários e a gestante de substituição não pode ser a dadora de qualquer ovócito.

A gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo (n.º 1 do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017 e n.º 4 do artigo 8.º da citada Lei n.º 32/2006).

Em termos formais, a legislação impõe um contrato escrito e tipificado que deve conter os requisitos mínimos previstos na lei, nomeadamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017).

A contratualização depende do consentimento informado dos beneficiários aos quais deve ser dado conhecimento, por escrito, dos benefícios e riscos da utilização dessas técnicas, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas, após o que devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido e também por escrito, perante o médico responsável. Quer as informações, quer o consentimento devem constar de documento tipo aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

No que respeita ao estabelecimento da parentalidade, a criança nascida por recurso a gestação de substituição é tida como filha da pessoa casada ou que viva em união de facto com a beneficiária, desde que aquela tenha prestado o seu consentimento também como beneficiário, de acordo com o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, entretanto declarado inconstitucional.

O legislador português cominou com a nulidade os contratos de gestação

que não cumpram o disposto nos n.ºs 1 a 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006. Esta previsão legal de nulidade, também inquinada de inconstitucionalidade, consta do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006. Trata-se de uma construção normativa que foi alvo de grandes discussões jurídicas interpretativas, mesmo antes da entrada da lei em vigor. Alguns juristas defendiam que a filiação a favor dos beneficiários era a regra, neste sentido o CNPMA emitiu uma declaração interpretativa esclarecendo que *“A vontade legislativa (mens legis) consubstanciada nas disposições conjugadas dos n.ºs 7 e 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a redação que lhes foi dada pelo artigo 2.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, é a de que, em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respetivos casais beneficiários”*.¹³

Vera Lúcia Raposo, na análise da lei argumenta que *“não existe norma expressa a impor o afastamento da regra do artigo 8.º/7, em determinados cenários, nem na própria norma nem no artigo 8/12, e nem mesmo no artigo 39.º, que estabelece as consequências em caso de ilícito criminal. Logo, parece indicar que mesmo no caso de ilícito típico se mantém a parentalidade dos pais contratantes”*.¹⁴

Já Guilherme de Oliveira sustenta que *“(…) em Portugal, no caso específico da gestação de substituição, julgo seria tecnicamente muito perturbador que a cominação da nulidade dos contratos (art. 8.º, n.º 12) acabasse negada pela produção do efeito principal deles: a atribuição da maternidade à mulher que recorre à PMA; de tal modo que a consequência desfavorável que impenderia sobre os infratores se resumiria à sanção mais infeliz que a lei podia prever: a responsabilidade criminal dos contraentes (art. 39.º)”*.¹⁵

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

Por iniciativa de 30 deputados foi requerida ao Tribunal Constitucional a apreciação sucessiva e abstrata da constitucionalidade da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação que lhe foi dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho e 25/2016, de 22 de agosto, reacendendo-se a discussão de velhas questões jurídicas como o conhecimento das origens. A apreciação da lei culminou com a prolação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, publicado no

13 Declaração interpretativa consultável em http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_DeclaracaoInterpretativa_SET2016.pdf

14 Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder), Revista do Ministério Público 149, janeiro-março de 2017.

15 <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Estabelecimento-da-Filiac%CC%A7a%CC%83o.pdf>

Diário da República n.º 87/2018, Série I de 7 de maio de 2018, que declara a inconstitucionalidade de algumas normas da referida lei, atacando não só alterações de 2017, mas da própria Lei de 2006.¹⁶

16 Dado o interesse da matéria transcreve-se o sumário do Acórdão:

“a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.os 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1;

b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa;

c) Declarar a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei;

d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo;

e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa;

f) Não declarar a inconstitucionalidade das normas dos restantes artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mencionados no pedido formulado pelos requerentes;

g) Determinar, ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas a), b) e c) não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.”

Determina o n.º 1 do artigo 282.º da Constituição da República que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tem efeitos *ex tunc*, sem prejuízo de o Tribunal poder determinar a limitação dos seus efeitos, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, aliás como sucedeu no caso do acórdão n.º 225/2018.

O Acórdão constitui uma interessante e extensa obra de direito comparado em matéria de gestação de substituição. Os votos que o acompanham são também reflexões jurídicas de elevada qualidade. Todo ele é demonstrativo da complexidade e sensibilidade da matéria, que tem profunda dimensão ética.

O Tribunal Constitucional considerou que a procriação medicamente assistida, dado o seu caráter excecional e porque baseada num contrato gratuito, previamente autorizado por uma entidade administrativa, só por si, não viola a dignidade da criança nem da gestante. Entendeu também, que a dispensa da averiguação oficiosa da paternidade não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, nem o princípio da igualdade e o direito à identidade pessoal.

Mas declara a inconstitucionalidade de algumas normas do diploma por entender:

- Que a lei contém excessiva indeterminação no que toca às regras do contrato, nomeadamente no que toca à autonomia das partes e limites comportamentais da gestante; que a limitação da possibilidade de revogação do consentimento prestado pela gestante de substituição após o início dos processos terapêuticos de PMA (nos termos do n.º 8 do artigo 8.º em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da Lei n.º 32/2006), constitui violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de constituir família;

- Que a previsão da nulidade dos contratos de gestação de substituição tal como está plasmada na lei (n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006) produz insegurança jurídica para o estatuto das pessoas geradas, pois impede a proteção de posições jurídicas de parentalidade, o que constitui uma violação do direito à identidade pessoal e do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático;

- Que a regra do anonimato de dadores e da gestante de substituição não afronta a dignidade da pessoa humana, mas, atendendo “à importância *crecente que vem sendo atribuída ao conhecimento das próprias origens*”, o n.º 1 e 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, ao estabelecerem como regra o anonimato dos dadores no caso da procriação heteróloga, e o anonimato das gestantes de substituição, merece *censura constitucional* por restringir os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas nascidas em consequência de processos de PMA.

Com efeito, neste os juízes determinam que os efeitos normativos não se aplicam nas situações das alíneas a) c) e d) da decisão, isto é, “(...) aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (...)”.

Foram declarados inconstitucionais os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º e, consequentemente, os n.ºs 2 e 3, o n.º 8 do artigo 8.º em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º, o n.º 12 do artigo 8.º, e os n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006.

O referido Acórdão n.º 225/2018, veio impedir a realização de contratos de gestação de substituição no território português, apesar de, em abstrato, ela ser permitida. Assim, agravam-se as dificuldades registais com que se deparam os portugueses que recorrem a contratos de gestação celebrados no estrangeiro, cujos efeitos em matéria de parentalidade pretendem ver reconhecidos em Portugal.

10. O registo de nascimento e o estabelecimento da parentalidade nas técnicas de procriação medicamente assistidas, reflexão prática

A lei da procriação medicamente assistida, como vimos, no que respeita à parentalidade, preocupou-se em criar a presunção de mesma a favor dos pais intencionais e a estipular que os dadores não poderão ser tidos como pais, bem como a determinar que o registo não poderá conter qualquer referência à utilização de técnicas de PMA (o que bem se compreende, pois, qualquer referência ao facto seria uma menção discriminatória). No entanto, não cuidou de criar regras específicas que permitam uma determinação da parentalidade isenta de incerteza ou potenciadora de conflitos judiciais. Conhecedor dos problemas já ocorridos noutros sistemas jurídicos, o legislador poderia e deveria ter acautelado normas de direito substantivo e adjetivo adequadas. Note-se que, outrora, o legislador foi criticado pela extrema permissibilidade registal, em matéria de registo de nascimento tendencialmente declarativa e sem prova documental. A mera declaração sem prova de nascimento potenciava o contorno da lei da adoção e permitia a multiplicação de registo para angariação de benefícios sociais. Só recentemente o legislador consignou nos n.ºs 5 e 6 do artigo 102.º do CRC, a necessidade de apresentação de documento, emitido pela unidade de saúde, que comprove o nascimento e identifique a parturiente.

A dispensa da apresentação do consentimento escrito do qual deriva a constituição do vínculo de parentalidade, em sede de registo, é também facilitadora de registos desprovidos de segurança jurídica.

Num quadro legislativo permissivo como o nosso, e na ausência de adaptação das regras registais referentes à declaração de nascimento de criança gerada por recurso a técnicas de PMA, os registos podem ser feitos em contradição com as regras da filiação jurídica por consentimento. Facilmente se percebe que o nascimento tanto pode ser declarado pelos pais intencionais como pela gestante, basta que a gestante munida do documento comprovativo do parto declare numa conservatória o nascimento da criança, identificando-se como mãe. E sendo a

gestante casa da pode fazer funcionar presunção de paternidade do marido, tudo se passando como se de um registo biológico se tratasse.

Num outro exemplo, imaginemos uma mulher casada que se submeteu a uma técnica de PMA, com o consentimento do marido, entretanto, antes do parto, passa a viver em união de facto com outra pessoa. Após o nascimento, comparece no registo com o novo companheiro, afasta a presunção de paternidade do marido possibilitando o reconhecimento voluntário da paternidade a um elemento estranho àquele projeto parental. Numa situação como esta a apresentação do documento com o consentimento escrito parece-nos determinante.

As regras do estabelecimento da parentalidade por consentimento em técnicas de PMA são menos exigentes do que as instituídas para o estabelecimento da filiação adotiva, como vimos.

Julgamos que de *iure constituendo* o legislador deve estipular algumas regras registais que respeitem a identidade pessoal de cada cidadão, sem prejuízo de o registo dever ser lavrado sem discriminação do vínculo de filiação.

11. A gestão de substituição praticada no estrangeiro e o estabelecimento da parentalidade – desafios registais

Como é sabido há países que proíbem, de todo, a prática de gestão de substituição como a Espanha, a França, a Itália e outros que a admitem a título oneroso ou gratuito. Em geral, os ordenamentos jurídicos que a admitem reconhecem o estabelecimento da parentalidade a favor dos beneficiários, podendo esta ser estabelecida logo após o nascimento, no próprio registo ou posteriormente, em processo próprio¹⁷.

O ingresso dos registos de nascimento de crianças nascidas por recursos a gestão de substituição praticada no estrangeiro, a requerimento dos beneficiários da prática de procriação, não é consensual nos diversos ordenamentos jurídicos, pelo que o recurso às entidades judiciais, nomeadamente ao TEDH é recorrente.

Há já diversas decisões do TEDH neste âmbito, no sentido de admissibilidade dos registos com base no artigo 8.º do CEDH. Exemplos clássicos são o caso Paradiso e Campanelli em Itália, e Mennesson em França.¹⁸ O primeiro referente a uma criança nascida por recurso a maternidade de substituição no estrangeiro, sem material genético de nenhum dos contratantes. O registo não foi admitido em Itália, que entendeu que a criança deveria ser separada de Campanelli e Paradiso e colocada para adoção. O TEDH acabou por dar razão aos recorrentes considerando que a separação da criança do casal para ser colocada para adoção e sob tutela,

17 Sobre este assunto o citado acórdão 225/2018 do TC faz um interessante estudo de direito comparado.

18 Disponíveis em <https://hudoc.echr.coe.int>

constituiu uma interferência na vida privada das recorrentes, inadmissível ao abrigo do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No segundo caso, Dominique Mennesson e Sylvie Mennesson, recorreram a gestação de substituição com gâmetas do primeiro, na Califórnia, de que nasceram duas crianças gémeas. Por decisão judicial do competente tribunal da Califórnia foi considerado pai biológico o Sr. Mennesson e mãe legal a Sr.ª Mennesson. O consulado francês recusou a transcrição do registo de nascimento nestes termos. As autoridades judiciais francesas consideraram que o registo não podia ser efetuado por violar o princípio da ordem pública do Estado francês, que não admite a gestação de substituição e ainda com o argumento de que a admissibilidade do registo seria um incentivo à violação da lei.

O TEDH invocou o interesse das crianças, mas decidiu com base em violação do artigo 8.º da Convenção no que respeita à vida privada dos menores.

O vínculo da parentalidade de crianças geradas por recurso a contratos e gestação de substituição celebrados por portugueses no estrangeiro, é uma realidade que se vai colocando ao registo civil português para a qual o legislador não está desperto. Apesar de conhecer a vasta jurisprudência de outros países e do TEDH, o legislador tem fechado os olhos ao turismo reprodutivo, para contorno da lei, bem como ao superior interesse da criança que, muitas das vezes, pode ficar em situação de apatridia. A situação mais comum tem sido a de casais de homens que recorrem a gestação de substituição no estrangeiro. O registo destas crianças tem sido aceite apenas com indicação da filiação em relação ao elemento que forneceu material genético, pelo facto de a maternidade de substituição não ser permitida aos casais de homens. A parentalidade do outro elemento do casal será viável por recurso à adoção.

Relativamente aos casais heterossexuais de nacionalidade portuguesa, residentes ou não em país estrangeiro, que recorrem à maternidade de substituição onerosa, de acordo com *lex loci*, sendo em tudo o mais conforme com a lei portuguesa, antes das prolação do Acórdão do Tribunal Constitucional, foi entendido que de acordo com o artigo 41.º do Código Civil, os negócios jurídicos celebrados no estrangeiro são regulados pela lei que os respetivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista e podiam produzir efeitos em Portugal desde que respeitassem o princípio da ordem pública internacional do Estado português, conforme o estipulado no artigo 22.º do mesmo Código. Posição que o Tribunal Constitucional não acolhe, na medida em que considera que só a gratuidade do contrato garante a dignidade da gestante. No entender do TC a onerosidade do contrato viola o princípio da ordem pública do Estado português. Curiosamente, no próprio Acórdão o voto de Gonçalo de Almeida Ribeiro vai em sentido contrário: “(...) *recuso a ideia de que a gratuidade seja uma garantia de liberdade ou de dignidade da gestante; pelo contrário, penso que a sua imposição*

restringe ilegitimamente os direitos fundamentais que se exercem através da celebração e execução de negócios onerosos de gestão de substituição. Por tudo isto, entendo que um dos elementos essenciais do «modelo português» - a imposição de gratuidade - é constitucionalmente censurável. Claro está que a censura, segundo este raciocínio, não é dirigida ao reconhecimento legal dos negócios gratuitos, mas ao facto de a lei proibir (e até mesmo incriminar) a celebração de negócios onerosos. A lei fica - assim me parece - aquém das exigências constitucionais. (...)”.

Após a declaração de inconstitucionalidade dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e consequentemente, dos n.ºs 2 e 3, do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º, do n.º 7 do artigo 8.º, do n.º 12 do artigo 8.º, e dos n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º, todos da Lei n.º 32/2006, questionamo-nos novamente sobre qual o melhor procedimento jurídico-prático.

Sobre este tema pairam mais dúvidas que certezas e as próprias oscilações interpretativas a que assistimos, como por exemplo sobre o segredo das origens, demonstram-nos que “*a vida está tão cheia de paradoxos como a rosa de espinhos*”. Vivemos uma nova era de contornos ainda vagos e incertos.