



## Jurisprudência e legislação sanitária comentadas

### **O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional de 7 de maio de 2018: análise e comentário da decisão judicial à luz da Lei da Procriação Medicamente Assistida e da figura da gestação de substituição no ordenamento jurídico português**

Jurisprudence and health law

Judgment n.º 225/2018 of the Constitutional Court of May 7, 2018: analysis and comment of the judicial decision in the light of the Medically Assisted Procreation Law and the surrogacy in the Portuguese legal system

Jurisprudencia y legislación sanitaria

Sentencia n.º 225/2018 del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 2018: análisis y comentario de la decisión judicial a la luz de la Ley de la decisión judicial a la luz de la Ley de Procreación con Asistencia Médica y la figura de gestión de substitución en el sistema legal português

Micaela Fernandes Martins<sup>1</sup>

A Lei n.º 25/2016 (1), que veio alterar a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (2), também conhecida como Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) e que regula a utilização dos métodos de procriação medicamente assistida, permitiu, a partir da entrada em vigor desse diploma, o acesso à gestação de substituição em Portugal.

Contudo, as incoerências, contradições, vazios legais e insuficiências em que o legislador incorreu na redação da lei que iria contemplar a regulamentação de uma questão com importância ética, biológica e social fundamental como é a gestação de substituição, levou a que fosse requerido por trinta deputados da Assembleia da República, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, a pronúncia do Tribunal Constitucional (TC) sobre determinados preceitos da Lei n.º 32/2006, na redação dada pelas Leis n.º 17/2016 (3) e n.º 25/2016 (1), nomeadamente sobre as normas e com os seguintes fundamentos:

1) Artigo 8.º (n.º 1 a 12), que diz respeito a todo o regime da gestação de substituição, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º e 67.º/2/e) da Constituição da República Portuguesa (CRP); do dever do Estado da proteção da infância (art. 69º/1 da

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. <http://orcid.org/0000-0002-6325-5188>. E-mail: [micaela.martins94@gmail.com](mailto:micaela.martins94@gmail.com)

CRP); do princípio da igualdade (art. 13º da CRP), do princípio da proporcionalidade (art. 18º/2 da CRP); e consequentemente das normas ou de parte das normas da LPMA que se refiram à gestação de substituição. (4, p. 1885)

2) Artigo 15.º, que trata a questão da confidencialidade: obrigatoriedade da manutenção de sigilo sobre a identidade dos participantes nos processos de procriação medicamente assistida (PMA), incluindo a da gestante de substituição, alegando haver lugar à violação aos direitos à identidade pessoal; ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art. 26º/1 e 3 da CRP); e ainda, consequentemente, dos princípios da igualdade (art. 13º da CRP), da proporcionalidade (art. 18º/2 da CRP) e da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º e 67.º/2/e) da CRP). (4, p.1855)

3) Artigo 20.º, n.º 3 que se refere à determinação da parentalidade, por violação dos direitos à identidade pessoal; ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art. 26º/1 e 3 da CRP); e consequentemente dos princípios da igualdade (art. 13º da CRP), da proporcionalidade (art.18º/2 da CRP) e da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º e 67.º/2/e) da CRP). (4, p.1855)

Cumpra-se, então, fazer uma análise detalhada aos principais problemas que são levantados pelo Acórdão e suscitados pelos deputados requerentes, a saber:

1) A admissibilidade (ou não) do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição à luz do regime do art. 8º da LPMA, verificando se existirá ou não uma violação da dignidade da pessoa humana da gestante e da criança que nascerá com recurso a essa técnica;

2) O direito das crianças nascidas das técnicas de gestação de substituição a conhecerem a identidade da gestante;

3) A legitimidade da dispensa de averiguação oficiosa da parentalidade relativamente à criança nascida de uma mulher que tenha recorrido, fora de um contexto de casamento ou união de facto, a técnicas de PMA para engravidar.

### **O princípio da dignidade da pessoa humana**

A hipotética violação desse princípio, previsto no artigo 67.º/2/e) da CRP prende-se com a questão de saber, à luz daquele que é o entendimento dos requerentes, se o recurso à gestação de substituição não terá a natureza de um negócio mercantil: implicará a



utilização dessa técnica necessariamente a instrumentalização da gestante e da criança que nasça com recurso àquela, sendo essa última vista como objeto de um negócio jurídico?

O TC português entende que não há violação da dignidade humana, nem da gestante nem da criança, nos termos expostos pelos requerentes.

A gestante, por sua vez, mantém a sua liberdade e autodeterminação ao longo de todo o processo, prestando o seu consentimento para intervir de forma livre e esclarecida. A acrescer, a obrigatoriedade de que o contrato de gestação revista a natureza de gratuidade impede a circunstância de haver uma exploração económica da posição da gestante.

Acerca da dignidade da criança, a tese do TC sobre essa matéria é a de que a integração da criança na família do casal beneficiário em nada afetará a criança mais do que afetaria se nascesse mediante o recurso a outra técnica de PMA ou por via de reprodução sexual, não se tratando de objeto negocial.

Para além disso, o TC vem reforçar também essa ideia, referindo que os contratos apenas visam o desejado nascimento, em nada afetando a dignidade.

### **Outras contrariedades da LPMA levantadas pelo Tribunal Constitucional**

O TC veio, nessa sede, pronunciar-se acerca de questões que, apesar de não terem sido requeridas, seriam possivelmente lesivas de outros direitos constitucionais.

Apesar do Tribunal estar limitado ao requerimento de apreciação de inconstitucionalidade, ou seja, de apenas poder declarar a inconstitucionalidade das normas cuja apreciação tenha sido requerida, nada obsta a que fundamentasse a sua decisão na violação de outros princípios constitucionais, que não aqueles que foram invocados pelos requerentes.

#### *A autonomia e o consentimento da gestante*

A questão objeto de análise pelo Tribunal foi relativa à forma como se poderá garantir que a gestante manterá a sua autonomia ética e pessoal durante todo o período de gestação, fundamental para a salvaguarda da sua dignidade.

Nesse sentido, o legislador impôs como requisitos imperativos para a celebração do contrato de gestação a prestação pela gestante do seu consentimento livre, informado, expresso autónomo e atual, uma vez que deverá permanecer durante todo o processo.



Para que isso se garanta, é necessário que seja permitido à gestante e aos membros do casal beneficiário que, caso assim entendem, revoguem o consentimento ora prestado até ao início dos processos terapêuticos de PMA (art. 8.º/8 e 14.º/4 e 5 da LPMA).

O consentimento a prestar é amplo: o seu objeto não poderá incidir apenas sobre a aplicação da técnica de PMA, mas também a todo o período gestacional e ao próprio parto. O consentimento deve ser expresso, mediante acordo, por ambas as partes: pela gestante e pelo casal beneficiário.

Contudo, a LPMA apenas permitia a revogação do consentimento da gestante até ao início dos processos terapêuticos de PMA, para salvaguardar os interesses dos beneficiários que também visam ver concretizado o seu projeto parental, evitando a frustração das expectativas desses em fases já avançadas da gestação.

#### *A revogação do consentimento da gestante*

No que diz respeito à motivação que leva a gestante a querer revogar o seu consentimento, conclui-se que se prenderá a um de dois fatores: por não querer levar a gestação até ao fim, querendo induzir uma interrupção voluntária da gravidez; ou por querer levar a gravidez até ao fim com vista a assumir ela própria o projeto parental dos beneficiários.

A LPMA impunha, nos seus artigos 8.º/8 e 14.º/4, que a revogação do consentimento só poderia ser manifestada pela gestante até ao início dos processos terapêuticos. Vedava-se à gestante a hipótese de proceder a uma interrupção voluntária da gravidez até ao limite legal permitido a qualquer mulher.

Contudo, o legislador apercebeu-se, logo após a entrada em vigor das normas que regulam a gestação de substituição, de que essa solução consagrada no art.8º da LPMA era manifestamente lesiva aos direitos da mulher gestante. Como tal, procedeu a sua alteração por meio do Decreto Regulamentar (Dec.-Reg.) n.º 6/2017, de 31 de julho<sup>2</sup> (5), retificando a revogação do consentimento da gestante e permitindo que esta possa proceder a uma IVG até às dez semanas de gestação ao abrigo do art. 142.º/1/e) do Código Penal (CP), nos termos acima expostos.

---

<sup>2</sup> “Sem prejuízo do disposto na alínea e) do artigo 142.º do CP, as declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários manifestadas no contrato de gestação de substituição, serão livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA.” (5)



O TC, ainda assim, pronunciou-se sobre a matéria e declarou a inconstitucionalidade dos artigos 8.º/8 e 14.º/5 da LPMA, apesar da questão já ter sido corrigida pelo Dec.-Reg. n.º 6/2017, não se justificando, essa pronúncia do TC.

Acerca da revogação do consentimento da gestante, a questão que levanta sérios problemas é a de saber como garantir a proteção da dignidade da gestante, no caso em que deseje assumir o projeto parental da criança nascida.

À luz do artigo 8.º/7 da LPMA, a gestante estaria obrigada à entrega da criança aos pais beneficiários após o parto. Contudo, o TC entende que vedar a possibilidade à gestante de poder arrepender-se é uma solução que consubstancia uma violação manifesta da sua dignidade, tendo declarado inconstitucional os artigos 8.º/7 e 8 e 14.º/5 da LPMA.

A matéria é, atualmente, muito controversa na doutrina e na jurisprudência, uma vez que estão em conflito vários interesses – divergentes – de todos os intervenientes no processo de gestação: da gestante; dos pais beneficiários; e da criança, que deverá ver garantida a proteção da sua infância.

Surgiram, após o Acórdão de maio de 2018, várias propostas legislativas e pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), no sentido de tentar ultrapassar as incompatibilidades das partes, não tendo sido alcançado consenso sobre a matéria, uma vez que nenhuma proposta garantia devidamente, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, a proteção da dignidade da gestante e o desenvolvimento da sua personalidade.<sup>3</sup> (6)

#### *A nulidade dos contratos de gestação*

Outra questão sobre a qual o TC se veio pronunciar foi acerca do disposto no artigo 8º/12 da LPMA que cominava com nulidade os contratos de gestação de substituição que fossem celebrados violando o disposto na LPMA.

Por se tratar de uma nulidade, é invocável a todo o tempo por qualquer interessado, e a sua declaração tem como consequência a afetação de todos os efeitos jurídicos produzidos por via daquele negócio jurídico, tendo, portanto, efeitos retroativos. (7)

Ou seja, a declaração de nulidade que iria recair sobre o estabelecimento da filiação, conforme o disposto no art. 8º/7 da mesma lei, suscitaria várias dúvidas e inseguranças a

---

<sup>3</sup> Mais recentemente, no Ac. do TC 465/2019 de setembro de 2019, o TC reitera a posição por si tomada no Ac. de maio de 2018, reforçando a obrigatoriedade de o legislador consagrar inexoravelmente o direito de arrependimento da gestante após o parto na próxima lei que regule a gestação de substituição.

todas as partes contratuais envolvidas e, acima de tudo, colocar em causa a defesa do superior interesse da criança.

Qual é, então, a consequência prática da declaração de nulidade? Uma vez que os efeitos jurídicos produzidos por via do contrato de gestação são eliminados do ordenamento, o estabelecimento da filiação a favor do casal beneficiário desaparece, sendo, portanto, a situação remetida à regra geral da filiação: o art.1.796º do Código Civil (CC), que determina que a filiação resulta do nascimento. Assim, seria considerada mãe legal a gestante de substituição.

O TC pronunciou-se acerca do regime explanado na lei, entendendo e determinando que essa solução não garantia devidamente a proteção do superior interesse da criança, demonstrando-se incompatível com o princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático consagrado no art.2º da CRP, caso se verificasse uma situação que desse origem à nulidade do contrato de gestação de substituição.

Assim, o TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade do artigo 8.º/12, por violação do princípio da identidade pessoal da criança.

André Dias Pereira (7), pronunciando-se sobre essa matéria, considera que a solução deverá passar sempre por uma avaliação casuística e oficiosa do Tribunal, caso se verifiquem atuações incumpridoras dos requisitos impostos pela LPMA, tendo sempre em consideração o superior interesse da criança.

#### *As omissões legais da LPMA*

O TC veio ainda reforçar o grau de indeterminabilidade do regime legal do contrato de gestação de substituição, que não fornecia aos seus destinatários as soluções suficientes e necessárias que a natureza dessa matéria exige, por de tão complexa se tratar.

O legislador apenas regulou determinados pontos, como é o caso das malformações ou doenças fetais; a interrupção voluntária da gravidez (apesar de o ter feito de forma insuficiente); e a proibição de determinados comportamentos à gestante, deixando de fora várias outras matérias fundamentais que necessitam de disposições legais que as regulem.

Não foram, tão pouco, alvo de regulamentação legal os limites negativos e positivos a observar pelas partes no cumprimento do contrato.

A lei mostrou-se assim omissa, tanto relativamente aos requisitos de autorização prévia pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), como aos critérios de supervisão, por essa mesma entidade, ao contrato redigido entre as partes.

Assim, o Tribunal entendeu não haver na LPMA densidade suficiente na sua regulamentação para estabelecer parâmetros de atuação às partes contraentes e ao CNPMA para exercer as suas funções de autorização prévia de celebração do contrato e de supervisão do mesmo.

Essa indeterminação não só tornava imprevisíveis os critérios de atuação do CNPMA que este deve fixar, como não permitia um controlo jurisdicional da sua legalidade.

Como tal, o TC entendeu que essa indeterminação não seria compatível com a exigência de precisão ou determinabilidade das leis, decorrente do princípio do Estado de Direito Democrático e da reserva de lei parlamentar, consagrado nos arts. 2º, 18.º/2 e 165.º/1/b) da CRP, declarando a inconstitucionalidade dos números 2, 3, 4, 10 e 11 do art. 8º da LPMA, que atribuem poderes administrativos formais necessários à legitimação dos contratos de gestação ao CNPMA.

### **O direito ao conhecimento às origens genéticas e da identidade da gestante**

A segunda grande questão suscitada pelos requerentes da inconstitucionalidade teve que ver com o direito que as crianças – nascidas em consequência do recurso à técnica da gestação de substituição – têm em conhecer a identidade da mulher que os gerou. Uma vez que a LPMA não permitia àquelas conhecerem a sua ascendência genética, nomeadamente a identidade da gestante, ao abrigo do art. 15.º, números 1 e 4 da LPMA, o TC veio analisar se existia ou não fundamento para a inconstitucionalidade desses preceitos.

Porém, há que ter em conta que o artigo 15.º/4 da LPMA apenas proibia o direito a conhecer a identidade do dador, estando aquela coberta pelo regime de confidencialidade. Em boa verdade, uma vez que a gestante nunca poderá ser dadora de material genético, o que estará verdadeiramente em causa, no que à gestante diz respeito, será o direito da criança ao conhecimento da sua identidade pessoal, na vertente da historicidade pessoal.

Os direitos fundamentais em conflito, nessa sede, relativamente aos dadores de gâmetas (no caso de se recorrer a dadores) será por um lado o dos pais beneficiários da criança, que não terão interesse em que a identidade dos dadores seja revelada, desejando manter a autonomia e tranquilidade no núcleo familiar; e por outro lado, o da criança que

nasça com recurso a um processo de procriação heteróloga em conhecer a sua história e identidade pessoal, nomeadamente, o da sua origem biológica.

O próprio TC, no Acórdão n.º 101/2009, de 1 de abril de 2009, contrariamente à decisão que vem agora tomar no presente Acórdão, manifestou-se no sentido da não inconstitucionalidade do regime legal da não revelação da identidade dos dadores, acrescentado que não existirá uma violação do princípio da igualdade relativamente às pessoas que conhecem a sua ascendência biológica.

O Tribunal vem sustentar essa tese – anteriormente defendida – no facto de as pessoas nascidas com recurso às técnicas de PMA poderem sempre: ter acesso à sua informação genética; requerer a identificação de situações de impedimento matrimonial; e ainda – se existirem razões ponderosas que o justifiquem – poderão ter acesso à identificação do dador, mediante sentença judicial que determine a revelação de identidade do mesmo. (8)

Já em sede do Acórdão atual, na sequência do pedido dos requerentes, o TC declarou que o seu entendimento é o de que o anonimato, apesar de não anular a identidade da criança, por não estar abrangida por um regime de anonimato absoluto, “poderá afetar a consciência da sua própria identidade”. (4)

O TC, tudo ponderado, decide pela inconstitucionalidade do estabelecimento do anonimato dos dadores de gâmetas e da gestante de substituição como regra – ainda que não absoluta –, uma vez que considera haver uma violação considerável aos direitos à identidade genética e pessoal da pessoa nascida com recurso a técnicas de procriação heteróloga, por lhe ser negado *a priori* o conhecimento da sua historicidade biológica e genética, determinantes para o seu desenvolvimento pessoal.

Atualmente, está previsto um regime transitório, nos termos do qual todas as pessoas que doaram as suas gâmetas antes de 7 de maio de 2018, data de publicação do Acórdão n.º 225/2018, estarão cobertos pelo regime de confidencialidade da sua identidade até cinco anos após a entrada em vigor da lei, assim como o material genético doado antes daquela data e usado até três anos após a entrada em vigor do diploma.

Dessa forma, todos os dadores que entrem no sistema de PMA português a partir de junho de 2019 já não terão a sua identidade coberta pelo regime-regra do anonimato.



## **A dispensa de averiguação oficiosa da paternidade**

A dispensa da averiguação oficiosa da paternidade, prevista no art. 20.º/3 da LPMA, apenas tem lugar nos casos em que uma mulher, a título individual, fora de um contexto de casamento ou união de facto recorre às técnicas de PMA para engravidar.

Estando por si só no processo de procriação, terá naturalmente de recorrer à doação de material genético masculino para a inseminação.

Apesar de perceber que o problema que os requerentes procuravam tratar seria o problema de criação de famílias monoparentais, o Tribunal estava limitado ao princípio do pedido, e, por isso, concluiu pela inexistência de censura constitucional da solução consagrada no art. 20.º/3 da LPMA, uma vez que essa norma se afigura como razoável e proporcional porquanto a determinabilidade da paternidade seria impossível.

## **Conclusão**

Por tudo o acima exposto, o Tribunal Constitucional português veio declarar com força obrigatória geral, praticamente todos os preceitos do artigo 8.º da LPMA, que regulava a gestação de substituição e o artigo 15.º/1 e 4 do mesmo diploma, na medida em que trata da matéria relativa ao anonimato dos dadores de gâmetas (e da gestante).

Por esse motivo, ficou proibido o acesso à figura da gestação de substituição em Portugal, a partir de 7 de maio de 2018.

O trabalho do legislador, para uma futura regulamentação dessa matéria, terá de passar inexoravelmente pelas considerações tomadas pelo Tribunal Constitucional no Acórdão de 2018, sob pena de nunca vir a ser permitido o recurso a essa técnica de PMA no ordenamento jurídico português.

Contudo, a atuação do legislador é urgente e fundamental. Os desenvolvimentos na saúde, o receio do recurso ao turismo reprodutivo e a necessidade de dar resposta às necessidades sociais e familiares daqueles que desejam constituir família assim o exigem.

## **Referências**

1. Assembleia da República. Lei n.º 25/2016. Diário da República, n.º 160/2016, Série I (2016-08-22).
2. Assembleia da República. Lei n.º 32/2006. Diário da República, n.º 143/2006, Série I (2006-07-26).



3. Assembleia da República. Lei n.º 17/2016. Diário da República, n.º 116/2016, Série I (2016-06-20).
4. Tribunal Constitucional. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. Diário da República n.º 87/2018, Série I (2018-05-07).
5. Decreto Regulamentar n.º 6/2017. Diário da República n.º 146/2017, Série I (2017-07-31).
6. Ministério da Justiça. Decreto-Lei n.º 47344. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I (1966-11-25).
7. Pereira AD. Filhos de Pai Anónimo no Século XXI. In: Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida [e-book]. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto; 2017. p.46
8. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 101/2009. Diário da República n.º 64/2009, Série II (2009-04-01)

---

Submetido em: 01/12/19  
Aprovado em: 09/12/19

**Como citar este artigo:**

Martins MF. O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional de 7 de maio de 2018: análise e comentário da decisão judicial à luz da Lei da Procriação Medicamente Assistida e da figura da gestação de substituição no ordenamento jurídico português. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 222-231.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.612>