

Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)^[1]

Vera Lúcia Raposo

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Macau (China)

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal)

[1] O presente estudo foi desenvolvido no âmbito de uma bolsa de investigação concedida pela Universidade de Macau: MYRG2015-00007-FLL (Reproductive issues: juridical contextualization of reproductive techniques, genetics and new medical technologies. Some lessons from other legal orders).

Uma vez que o acordo ortográfico não se aplica na Região Administrativa Especial de Macau este texto foi escrito de acordo com as regras pré-acordo ortográfico.

SUMÁRIO: 1. O advento da Lei n.º 25/2016 2. O direito ao arrependimento e a execução dos contratos de gestação 2.1. Direito ao arrependimento no contrato de gestação 2.2. O arrependimento das partes à luz da Lei n.º 32/2006 2.2.1. Arrependimento dos pais contratantes 2.2.2. Arrependimento da gestante 3. Aplicação do direito contratual ao contrato de gestação 3.1. Adequação das regras do direito contratual 3.2. O regime do incumprimento e da responsabilidade contratual 4. Apreciação crítica do regime da gestação de substituição 4.1. Âmbito de aplicação dos contratos de gestação 4.2. A nulidade contratual 4.3. A ausência de referência ao superior interesse da criança 4.4. Criminalização dos contratos de gestação 4.5. O silêncio legislativo 5. Questões que a lei não esclarece 5.1. Estabelecimento da maternidade e da paternidade 5.2. Abortamento 5.2.1. Abortamento voluntário 5.2.2. Abortamento involuntário 5.3. Cláusulas a incluir no contrato 5.4. Número de embriões a transferir 5.5. Redução embrionária 5.6. Obrigação de respeito pelas recomendações médicas 5.7. Requisitos relativos à gestante de substituição 5.8. Retribuição/compensação à gestante de substituição 5.9. Divórcio, morte ou incapacidade dos contratantes 5.10. Anonimato da gestante 5.11. Entrega da criança aos pais contratantes e futuros contactos com a criança 5.12. Aplicação espacial da lei 6. Notas finais

No passado mês de Agosto de 2016, em plena *silly season*, veio à luz do dia uma muito esperada novidade: pela primeira vez em Portugal os contratos de gestação contavam com expresse reconhecimento legal.

O que o legislador fez foi, basicamente, dizer que em certas e restritas condições os contratos de gestação são legalmente admitidos, impor um leque de proibições e pouco mais do que isso. Em suma, as normas sobre contrato de gestação são escassas e dúbias. De modo que o conteúdo e regime destes contratos será quase totalmente edificado, por um lado, pelas próprias partes; por outro lado, pelo direito dos contratos. Ora, embora a liberdade contractual deva certamente desempenhar um papel decisivo neste ensejo, deveria ainda assim o legislador ter regulamentado algumas questões, como aliás é habitual suceder nos contratos mais propensos a abusos da liberdade contratual, como por exemplo os contratos de trabalho. Claro que sempre restam as balizas fixadas pelo direito dos contratos, nomeadamente pelas regras da responsabilidade contratual fixadas no Código Civil (CC); porém, estas foram pensadas para contratos típicos e este está longe de o ser, pelo que as suas especificidades reclamam algumas normas específicas. Já anteriormente havíamos criticado a realização destes contratos sem o devido quadro legal no cenário brasileiro^[1]; certamente que em Portugal a situação é diferente, tanto mais que (e ao invés das meras Resoluções do Conselho Federal de Medicina brasileiro) em Portugal existe efectivamente uma lei a prever os contratos de gestação. Porém, pouco mais faz do que isso. Prever uma figura jurídica e impor-lhe um par de proibições não é regulamentá-la e estes contratos, pelas sua especial sensibilidade e pelos direitos e interesses envolvidos, mereceriam (e necessitariam) tal regulamentação.

[1] Cf. Vera Lúcia Raposo, "A Idade da Inocência..."

1. O ADVENTO DA LEI N.º 25/2016

A Lei n.º 25/2016^[2] veio alterar a Lei n.º 32/2006^[3] de forma a permitir a realização de contratos de gestação em certas situações. Para este efeito o artigo 8.º da Lei n.º 32/2006^[4] foi totalmente alterado, deixando assim de considerar todos os contratos de gestação nulos e sem nenhum efeito, bem como de remeter a definição da maternidade para o critério descrito no CC, isto é, o parto. Basicamente, a única norma que se mantém é a definição de maternidade de substituição, mas que actualmente consta do artigo 8.º/1 ao invés do artigo 8.º/2.

O artigo 8.º/2 vem introduzir a grande novidade: a gestação de substituição é agora admitida num quadro restrito de situações, que incluem a mulher nascida sem útero, com séria doença ou lesão uterina que impeça a gestação e ainda em “situações clínicas que o justifiquem”.

Do mesmo passo que admite a gestação de substituição esta norma afasta o recurso a este procedimento em benefício de contratantes masculinos que pretendam procriar fora de uma relação com uma mulher, ou seja, homens singulares e casais homossexuais masculinos. Na verdade, qualquer destes “candidatos” continua excluído do artigo 6.º, mesmo após a revisão operada pela Lei n.º 17/2016^[5], que apenas veio admitir mulheres singulares e casais homossexuais femininos.

A lei exige que os contratantes mantenham algum tipo de ligação genética com a criança, ao impor que pelo menos um deles

[2] Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida)

[3] Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, Procriação Medicamente Assistida.

[4] Na ausência de especificação adicional deverá entender-se que todos os artigos referidos neste estudo se referem à Lei n.º 32/2006 na sua redacção actual.

[5] Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, que alarga o âmbito dos beneficiários

das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida).