



Universidades Lusíada

González, José A.R.L., 1965-

Contrato de surrogacy : gestação de substituição

<http://hdl.handle.net/11067/5452>

<https://doi.org/10.34628/g5p7-zx05>

Metadados

Data de Publicação

2019

Resumo

A gravidez de substituição desencadeia problemas jurídicos especiais que se ligam tanto à questão da utilização do corpo alheio para gerar um filho próprio, como ao recurso a um contrato para fundar o estabelecimento de relações entre os interessados (gestante de substituição e respetivos beneficiários) do qual resultarão as congruentes responsabilidades associadas ao eventual incumprimento das obrigações emergentes. “Entende-se por «gestação de substituição» qualquer situação em que a mulher se...

The surrogate pregnancy triggers special legal problems that relate both to the use of someone else's body to produce a child of their own, as well as to the use of a contract to establish relationships between the interested parties (surrogate mother and the commissioning parents) from whom the congruent responsibilities associated with any breach of emerging obligations will result. “Surrogacy means any situation where a woman is willing to bear a pregnancy for another and surrender her child ...

Palavras Chave

Maternidade de substituição - Portugal

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 21-22 (2019)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-17T02:53:51Z com informação proveniente do Repositório

CONTRATO DE *SURROGACY*

GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO

SURROGACY

José Alberto González ¹

Resumo: A gravidez de substituição desencadeia problemas jurídicos especiais que se ligam tanto à questão da utilização do corpo alheio para gerar um filho próprio, como ao recurso a um contrato para fundar o estabelecimento de relações entre os interessados (gestante de substituição e respetivos beneficiários) do qual resultarão as congruentes responsabilidades associadas ao eventual incumprimento das obrigações emergentes. “Entende-se por «gestação de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade” (artigo 8.º, n.º 1, LPMA). A gestante contrata, portanto, uma prestação de serviços com os comitentes – aqueles que, futuramente, serão os pais jurídicos. Não é, decerto, aceitável dizer que, nestas circunstâncias, o beneficiário adquire algum direito sobre o corpo alheio. Não se pode afirmar, portanto, que o legal father e a legal mother obtêm direitos sobre o corpo da mãe hospedeira. Mas afigura-se incontestável que ela cede o uso do seu corpo para o efeito acordado. Os direitos dos primeiros, emergentes do referido convénio, têm natureza creditícia. Têm por objeto condutas a que a segunda se encontra adstrita. Mas, numa específica erupção da problemática posta pela self-ownership, eles acabam por indiretamente se referir ao corpo desta.

Palavras-chave: Gestação de substituição; Pertença do corpo humano; Responsabilidades parentais.

Abstract: The surrogate pregnancy triggers special legal problems that relate both to the use of someone else’s body to produce a child of their own, as well as to the

¹ Doutor em Direito. Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

use of a contract to establish relationships between the interested parties (surrogate mother and the commissioning parents) from whom the congruent responsibilities associated with any breach of emerging obligations will result. “Surrogacy means any situation where a woman is willing to bear a pregnancy for another and surrender her child after childbirth, renouncing the powers and duties proper to motherhood” (Article 8, No. 1, LPMA). The pregnant woman therefore contracts services with the principals – those who will in future be the legal parents. It is certainly not acceptable to say that in these circumstances the beneficiaries acquire some right over the body of the surrogate mother. Therefore, it cannot be said that the legal father and the legal mother obtain rights over the host mother’s body. But it seems undeniable that she gives in to the use of her body for the agreed effect. The rights of the former, arising from the said agreement, are of relative nature. Their object is formed by conducts to which the second is attached. But in a specific eruption of the self-ownership problem they indirectly refer to its own body.

Keywords: Surrogacy; Self-ownership; Motherhood.

Sumário: A. Contrato de surrogacy: questões gerais. § 1. Contrato de *surrogacy*. § 2. *Surrogacy* e *self-ownership*. § 3. Contrato de *surrogacy* vs contratos em geral. § 4. *Traditional* e *gestational surrogacy*. § 5. Contrato de *surrogacy*: tipicidade. § 6. Contrato de *surrogacy* e prestação de serviços. § 7. Destino das responsabilidades parentais. **B. Contrato de surrogacy: execução.** § 8. Contrato de *surrogacy* vs regime geral dos contratos. § 9. Arrependimento da gestante. § 10. Efeitos do exercício do direito ao aborto. § 11. Alcance da responsabilidade por aborto ilícito. § 12. Contrato de *surrogacy* e *wrongful birth*. § 13. *Wrongful birth* imputável à gestante. § 14. Recusa de exercício do direito ao aborto e *wrongful birth*. § 15. Arrependimento dos comitentes. § 16. Morte ou divórcio dos comitentes. § 17. Contrato de *surrogacy*: alteração superveniente das circunstâncias. § 18. Beneficiários do contrato de *surrogacy*. § 19. Contrato de *surrogacy*: direito internacional privado. § 20. Contrato de *surrogacy*: impedimentos matrimoniais. **Bibliografia.**

A. Contrato de surrogacy: questões gerais.

§ 1. *Contrato de surrogacy*. Considere-se o *leading case* de gravidez assumida por conta e no interesse alheio: o celeberrimo conhecido como *Baby M* (109 N.J. 396,537 A.2d 1227,1988 N.J.77 A.L.R.4th 1). Em 1985, William Stern e Mary Beth Whitehead concluíram um acordo por força do qual a segunda se obrigava a ser inseminada com esperma de Stern e, após a gestação e o parto, a entregar o recém-nascido ao primeiro e à sua mulher, momento em que receberia US \$ 10.000. Depois do nascimento, Whitehead tentou manter a criança consigo. Contudo, o Supreme Court de New Jersey, não obstante ter entendido que o contrato de *surrogacy* era insuscetível de execução coerciva, declarou extintos os direitos parentais da *surrogate mother*, concedendo aos Stern, com funda-

mento no superior interesse da criança (*best interests of the child*), o direito de a adotar ².

Tal qual resulta da própria descrição dos factos, a relação jurídica que fundamenta a gestação de substituição funda-se num convénio anteriormente ajustado entre a gestante e os respetivos beneficiários (*the commissioning parents*, os pais comitentes) ³. Tem, portanto, natureza contratual ^{4 5}. O que, tendo em conta os valores e os interesses em presença, bem como a histórica separação entre (meros) *commercial contracts*, de um lado, e *domestic contracts*, do outro ⁶, não deixa de ser surpreendente. Designadamente, por se permitir a definição de um *estado pessoal* – de filho, de mãe, de pai –, e do correspondente estatuto, mediante o recurso a um ato jurídico amplamente dominado pela liberdade de

² Cf. *v.g.* Elizabeth S. Scott, *Surrogacy and the politics of commodification*, Law and Contemporary Problems, vol. 72:109, 2009, págs. 112 a 117.

³ “A categoria beneficiário é independente da continuidade biológica. Aparecem assim uns como que «pais de destinação» ou «sociais» do novo ser, que podem até nada ter que ver com a constituição do genoma deste” (Oliveira Ascensão, *A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 67, vol. III, 2007).

⁴ Como sucede com a generalidade dos mais elementares conceitos jurídicos, o contrato é figura social antes de o ser do ponto de vista do Direito. É o instrumento de que as pessoas *normalmente* se servem para instituírem conexões entre si. Dada a sua importância, o Direito limita-se, depois (como normalmente sucede), a dar-lhe um tratamento.

Por natureza, ele dirige-se à obtenção de uma *composição* de interesses. Este é o núcleo. Supõe, portanto, que previamente eles estariam dissociados, desarticulados, não harmonizados.

Ao ser o contrato o modelo para o estabelecimento de relações, o ato unilateral há de revestir carácter excecional (artigo 457.º, Cód.Civil) ou há de adquirir, pelo menos, frequência anómala. Por isso se afirma um *princípio do contrato*. Mesmo quando a referida composição não esteja presente ou se mostre arduamente descortinável (*v.g.* o caso exemplar da doação pura, que é socialmente unidirecional), o contrato torna-se, ainda assim, a regra – o modo normal de constituição de ligações entre os sujeitos de Direito Privado.

⁵ “Surrogacy, the phoenix of alternative reproductive methods, is the oldest and technologically the simplest means of procuring a child who is genetically related to at least one of his or her parents. Broadly stated, in a surrogate transaction a couple arranges for a third-party female to bear their child” (Shari O’Brien, *Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy*, 65 North Carolina Law Review, vol. 65, 1986, págs. 130/131). Em abstrato, “the transaction can assume various forms. For example, the carrier may receive payment, or she may perform gratuitously; pregnancy may occur through artificial insemination or through intercourse; the surrogacy may be full or partial; a written contract may have been prepared, or an informal verbal agreement may govern, and the rearing couple may be homosexual or heterosexual” (Shari O’Brien, *Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy*, 65 North Carolina Law Review, vol. 65, 1986, pág. 131).

⁶ June R. Carbone, *The Role of Contract Principles in Determining the Validity of Surrogacy Contracts*, Santa Clara Law Review, vol. 28, n.º 3, 1988, págs. 583 a 587.

estipulação^{7 8}. Acresce, ainda por esta última razão, que quando se admita a chamada *commercial surrogacy*, “given that a surrogate generally occupies an inferior bargaining position in surrogacy arrangements, power dynamics and social factors place her at a considerable disadvantage”⁹.

⁷ “Freedom of choice, and indeed contractual liberty, is the rallying cry for advocates of surrogacy agreements. (...)

On this view, surrogacy arrangements are acceptable for the same reason that Roe is right. Freedom of choice and control over one’s body and reproductive processes are the governing principles. What matters is not that the choice be correct, but that it be remitted to individuals rather than to the state. This view is espoused by many who believe that Roe was right, and who support surrogacy arrangements for the same reason that they accept Roe. (...)

Advocates of surrogacy arrangements might well be prompted to ask (perhaps tendentiously) why women ought not to be permitted to sell their offspring if, under Roe, they are permitted to kill them” [Cass R. Sunstein, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, Columbia Law Review, vol. 92:1, 1992, pág. 44].

No Direito norte-americano, com fundamento na decisão do litígio *Roe vs Wade* [410 U.S. 113 (1973)] que passou, a partir de então, a constituir um *landmark case* na jurisprudência do United States Supreme Court, o direito ao aborto entende-se maioritariamente, embora com divergências quanto à sua extensão, como uma emanção do *right to privacy*. Na decisão datada de 22/01/1973, o tribunal entendeu que pese embora “the Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, going back perhaps as far as *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 141 U. S. 250, 141 U. S. 251 (1891), the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution”. Em conformidade, o “right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment’s reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation”.

A extensão desta ideia à *surrogacy* suscita logo à partida, porém, uma séria dúvida: conflituando as *privacies* dos beneficiários, da gestante e/ou da mulher dadora dos óvulos (quando seja pessoa diferente da mulher comitente), por quê supor que a dos primeiros há de prevalecer? Cf. v.g. Anita L. Allen, *Privacy, Surrogacy, and the Baby M Case*, The Georgetown Law Journal, vol. 76, 1988, págs. 1774 a 1781.

⁸ Quem contesta (moral, ética, juridicamente) a legitimidade da gestação de substituição, especialmente quando se trate de *commercial surrogacy*, entende que “surrogacy contracts are necessarily contracts for the sale of a child. Although surrogacy contracts can be designed so that they are truly contracts for the service of the surrogate, surrogacy services are simply not the same as «fixing a car or typing a manuscript». Surrogacy (and indeed, pregnancy) involves significant danger to life and health, is extremely time-intensive (twenty-four hours a day for nine months plus recovery time), and requires «a much greater investment of the self than do other services»” (Abby Brandel, *Legislating Surrogacy: A Partial Answer to Feminist Criticism*, Maryland Law Review, vol. 54:2, 1995, pág. 502). Do outro lado, quem não vislumbra obstáculos à sua consagração legislativa, considera que “the parties are in relatively free and equal bargaining positions, the arrangements are mutually beneficial, and third parties (notably the children) are not harmed” (Lawrence O. Gostin, *Surrogacy from the Perspectives of Economic and Civil Liberties*, Journal of Contemporary Health Law and Policy, vol. 17:2, 2001, pág. 429).

⁹ Catherine London, *Advancing a Surrogate-Focused Model of Gestational Surrogacy Contracts*, Cardozo Journal of Law and Gender, vol. 18, 2012, pág. 414.

O seu alicerce tão-pouco se apresenta seguro. Do lado dos respetivos beneficiários, tratar-se-á de um simples afloramento do direito (constitucional) à maternidade e/ou à paternidade (artigo 68.º, n.º 2, Constituição)^{10 11}? Do lado da criança, o argumento segundo o qual existir é preferível a não existir dará base suficiente à legitimação da gestação de substituição¹²?

Não é de prever, em contrapartida, que o fenómeno se apresente com frequência desdenhável. “Three factors are key in explaining the growing popularity of the practice. The first is scientific advances in the field of reproduction, which make infertile couples less prone to resign themselves to their infertility. The second (and I think related) factor is the decline in conventional attitudes toward sex and the family. The third, and perhaps most important factor is the acute shortage of babies for adoption”¹³. Até que, algum dia, a incubação de qualquer novo ser humano se possa dar por inteiro (isto é, desde o zero) através de máquina, apenas é de esperar que a importância da gestação de substituição se mostre crescente.

§ 2. *Surrogacy e self-ownership*. A gravidez de substituição desencadeia problemas jurídicos especiais¹⁴ (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho – LPMA) que se ligam

¹⁰ Shari O'Brien, *Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy*, 65 North Carolina Law Review, vol. 65, 1986, págs. 139/140; Ann MacLean Massie, *Restricting surrogacy to married couples: A constitutional problem? The married parent requirement in the Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*, Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 18, 1991, págs. 500 a 515.

¹¹ Pode discutir-se, em tese, se os direitos à maternidade/paternidade se devem reconhecer a quem não estiver em condições de os exercer. Devido, por exemplo, a infertilidade (cf. v.g. Christine Straehle, *Is there a right to surrogacy?*, Journal of Applied Philosophy, vol. 33, n.º 2, 2016). Mas sendo largamente reconhecido que o direito de adotar, na mesma exata conjuntura, procede deles, não se vê razão para que a gestação de substituição não se deva encarar nos mesmos moldes.

Os direitos à maternidade/paternidade são, na sua essência, de carácter negativo. Respeitá-los exige que outrem – especialmente o Estado – não erga obstáculos ao seu exercício. Em princípio, v.g. a política do filho único que durante anos foi adotada pela República Popular da China configuraria, entre nós, a sua violação. No que toca à gravidez de substituição, este ponto de partida supõe a intermediação de um contrato celebrado para o efeito. Sem a colaboração voluntária alheia, o seu titular não pode pretender que alguém a ela se submeta. Tal contrato representa, contudo, um mero prolongamento do referido direito.

¹² Para a comunidade em geral, um nascimento, um novo ser, é sempre uma bênção. Para o próprio, porém, esta certeza desvanece-se. Não está provado que nascer seja melhor do que não nascer e que, portanto, viver seja melhor do que não viver (cf. José González, *Wrongful birth, wrongful life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, *Quid Juris*, Lisboa, 2014, págs. 83 a 93). Assume-se que é preferível viver. “It is very likely that the baby is made better off by the contract of surrogate motherhood, and certainly not worse off. For without the contract the baby probably wouldn't be born at all. With the contract, he (or she) becomes a member of a family consisting of the biological father and his wife. The baby's position is much like that of a baby whose mother dies during the baby's infancy and whose father then remarries. (...) The surrogate baby's position is also much like that of a baby whose mother was inseminated artificially with the sperm of a man other than her husband, because he was infertile. Do such babies grow up to be miserable?” (Richard A. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, Journal of Contemporary Health Law and Policy, vol. 5, 1989, pág. 23).

¹³ Richard A. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, Journal of Contemporary Health Law and Policy, vol. 5, 1989, pág. 22.

¹⁴ Além dos sociais, morais e éticos. “Surrogacy is problematic for traditional notions of

tanto à questão da utilização do corpo alheio para gerar um filho próprio, como ao recurso a um contrato para fundar o estabelecimento de relações entre os interessados (gestante de substituição e respetivos beneficiários) do qual resultarão as congruentes responsabilidades associadas ao eventual incumprimento das obrigações emergentes¹⁵.

“Entende-se por «gestação de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade” (artigo 8.º, n.º 1, LPMA).

A gestante contrata aparentemente, portanto, uma prestação de serviços com os comitentes – aqueles que, depois, hão de ser os pais jurídicos.

Não é, decerto, aceitável dizer que, nestas circunstâncias, o beneficiário adquire algum direito sobre o corpo alheio¹⁶. Não se pode afirmar, portanto, que o *legal father* e a *legal mother* obtêm direitos sobre o corpo da mãe hospedeira¹⁷. Mas afigura-se incontestável que ela cede o uso do seu corpo para o efeito acordado. Os direitos dos primeiros, emergentes do referido convénio, têm natureza creditícia. Têm por objeto condutas a que a segunda se encontra adstrita. Mas, indiretamente, referem-se ao corpo desta (tal como *v.g.* numa compra e venda, o direito do comprador à entrega da coisa tem por objeto a prestação devida pelo vendedor, embora, reflexamente, aluda à coisa alienada)¹⁸.

«mother», «father» and «family» when it introduces a third (or even fourth) party into reproduction, when it introduces contractual «public» arrangements into «private» affairs and when it fragments motherhood. Surrogacy makes motherhood negotiable and confounds both social and biological bases of claims to parenthood” (Rachel Cook – Shelley Day Sclater – Felicity Kaganas, *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003, pág. 4).

¹⁵ “Like all contracts, surrogacy arrangements inherently involve a myriad of risks. Problems may arise due to the actions of the surrogate, the couple, or God. The available remedy should depend upon who caused the problem” (Denise E. Lascarides, *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, Hofstra Law Review, vol. 25, issue 4, 1997, pág. 1249).

¹⁶ “The human body is the vessel in which a person navigates his or her life. As such, it is commonly viewed in the legal context as deserving of special care and protection, particularly with regard to the circumstances in which it may be bought, sold, or rented” (Kristiana Brugger, *International Law in the Gestational Surrogacy Debate*, Fordham International Law Journal, vol. 35:3, 2012, pág. 669).

¹⁷ “É... manifestamente exagerado considerar-se que a gestação de substituição implica uma subordinação da gestante em todas as dimensões da sua vida ao interesse dos beneficiários, como se se tratasse de uma situação de apropriação, equivalente a «escravatura temporária» consentida. A «existência» da gestante, globalmente considerada, não tem de ser colocada ao serviço dos beneficiários e, por conseguinte, não é toda a sua vida que é instrumentalizada. Tão pouco existe um direito dos beneficiários à utilização da gestante. O compromisso que esta assume perante os beneficiários limita-se à observância dos cuidados normais numa qualquer gravidez, em ordem a poder cumprir, após o nascimento, a obrigação de entrega da criança. Daí a proibição de imposição contratual de «restrições de comportamentos à gestante de substituição» ou de «normas que atentem contra os seus direitos, liberdades e garantias» estatuída no artigo 8.º, n.º 11, da LPMA” (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Proc. n.º 95/17, de 24/04/2018).

¹⁸ “The problem with pornography (as defined here) is that it treats one group of people as objects for the sexual use of another or, more particularly, for sexual violence.

In the case of abortion, the problem is similar: the reproductive capacities of one class of people are turned, by law, into something for the use of others. If surrogacy is troublesome, it is for the same

Todos os direitos de natureza dominial mantêm alguma dose de parença com o direito de propriedade. Este é o paradigma. O que não significa, no entanto, que partilhem da mesma natureza, nem, obviamente, que o seu conteúdo se assemelhe. A partir *v.g.* do instante em que tecnicamente se tornou possível implantar um embrião no útero de uma mulher a quem o correspondente material genético não pertence, ele adquiriu um valor que antes não tinha. Deixou de ser útil apenas para a própria gestante. Por respeito à sua dignidade, não se tornou uma coisa. Mas certamente objetivou-se, pois só assim se pode explicar que terceiros, em seu benefício, licitamente o utilizem. A construção jurídica desta particular hipótese obtém-se, portanto, por comparação com a propriedade vulgar. Basta, porém, a constatação de que “a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional” (artigo 8.º, n.º 2, LPMA) e sempre mediante “autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida” (artigo 8.º, n.º 4, LPMA), para verificar que o poder de uso sobre o corpo que à gestante se deve reconhecer está longe de ser pleno, como deveria, se de pura *private property* se tratasse. Por isso, como tal não pode ser havido.

§ 3. *Contrato de surrogacy vs contratos em geral.* Para o presente efeito importa sublinhar, sobretudo, que a relação entre a mulher hospedeira e os futuros progenitores é de índole *contratual*¹⁹. Que ela assenta numa relação jurídica de carácter obrigacional, voluntariamente constituída e conformada pelas negociações²⁰ que precederam a sua celebração^{21 22}.

reason. The practice of surrogacy also turns the reproductive capacities of one group of citizens into objects for other people’s use” [Cass R. Sunstein, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, Columbia Law Review, vol. 92:1, 1992, pág. 45].

¹⁹ Vera Raposo, *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 2017, pág. 10.

²⁰ “The structure for any surrogacy arrangement is set forth in the agreement between the parties. The surrogacy agreement is a roadmap for how the relationship between the intended parents and the surrogate will proceed. Thinking through that agreement, drafting it, negotiating it, and executing it helps the parties further contemplate and understand the scope of their rights and obligations and the gravity of the arrangement” (Joseph F. Morrissey, *Surrogacy: the process, the law, and the contracts*, Willamette Law Review, vol. 51, 2015, pág. 515).

²¹ “A «surrogate parenting agreement» is an agreement in which a surrogate agrees... to be impregnated through artificial insemination, to carry the child to term, and, after birth, to deliver the newborn baby” aos respetivos beneficiários “and to surrender all the parental rights she would otherwise have” (Barbara L. Atwell, *Surrogacy and Adoption: A Case of Incompatibility*, Columbia Human Rights Law Review, vol. 20:1, 1988, pág. 2).

²² “Courts and commentators remain conflicted over whether family law or contract law should govern these arrangements. Jurisdictions that employ a family law regime posit that adoption statutes provide the proper protections for the parties involved. (...)”

However, any gains in certainty that are achieved by adopting a family law approach come at the expense of women’s autonomy and freedom to contract. Surrogacy agreements bear fundamental similarities to personal services contracts involving physical labor. Society recognizes that individuals are entitled to contract for such services and freely undertake actions that require significant sacrifice in the name of contractual obligation. This right is based on individual autonomy and the «prospect of mutual gain» between contracting parties. Enforcing these agreements in accordance with relevant

Como, em geral, sucede com qualquer convénio, este é de igual modo dominado pelo princípio da autonomia da vontade (artigo 405.º, Cód.Civil) ²³. E apesar de, impressivamente, se proibir a sua celebração com carácter oneroso ²⁴ ²⁵ (artigo

contract principles avoids perpetuating the perception that women are incapable of rationally committing to agreements for their own services” (Catherine London, *Advancing a Surrogate-Focused Model of Gestational Surrogacy Contracts*, *Cardozo Journal of Aw and Gender*, vol. 18, 2012, pág. 411).

²³ O que em si já constitui um ponto de partida altamente questionável e controverso. Com efeito, “according to one view, the government should not repress or interfere with natural drives, especially as these are expressed through sexual and reproductive processes. These drives have special claims, arising out of the need to permit intimacy with respect to practices that are central both to individual development and mutual recognition. The law should respect the privacy of those who wish to see or read sexually explicit material, terminate pregnancies, or enter into surrogacy arrangements; and all these for essentially the same reason, having to do with the individual’s right to self-determination in matters of sexuality and reproduction.

Under the second view, the law properly controls sexual and reproductive behavior in order to ensure that sexuality and reproduction, in their natural or best forms, are not polluted or altered through artificial external influences. The profane should not intrude on the sacred. The law properly ensures the separation of the private sphere of sexuality from the public sphere of the marketplace, by controlling obscenity; properly protects against abortion, most fundamentally to protect the interest in fetal life, but also to ensure that sexuality is for purposes of reproduction; and properly protects reproduction and sexuality from the commodification produced by surrogacy. (...) [The] third position does not stress privacy, a broad or a contextual «right to choose», or the general need to maintain control over one’s body. Even less does it rest on the state interest in promoting traditional or conventional morality. Instead, it invokes the interest in ensuring that women’s sexuality and reproductive functions are not turned into something for the use and control of others” [Cass R. Sunstein, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, *Columbia Law Review*, vol. 92:1, 1992, págs. 13/14 e 15].

²⁴ Cf. *v.g. Doe vs Kelley*, 307 N.W.2d 438, 441 (Mich. Ct. App. 1981): “In this case, we are asked to declare unconstitutional those sections of the Michigan Adoption Code, MCL 710.54; MSA 27.3178(555.54) and MCL 710.69; MSA 27.3178(555.69), which prohibit the exchange of money or other consideration in connection with adoption and related proceedings. (...)”

The statutory provisions sought to be declared invalid provide: “Sec. 54. (1) Except for charges and fees approved by the court, a person shall not offer, give, or receive any money or other consideration or thing of value in connection with any of the following: “(a) The placing of a child for adoption”.

²⁵ Há um aspeto que a LPMA parece não ter tido na devida conta. Se a *surrogate* prestava trabalho a outrem, antes da gestação, não seria razoável que os beneficiários a devessem compensar pela perda (ainda que parcial) de retribuição decorrente da sua impossibilidade temporária?

8.º, n.º 2, LPMA ²⁶) – razão pela qual ela há ser *altruísta* ²⁷ –, e se interditar também a imposição de “restrições de comportamentos à gestante de substituição” ou de “normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade” (artigo 8.º, n.º 11, LPMA), as regras típicas sobre contratos hão de lhe ser genericamente extensíveis. Salvo quando, como sempre sucede, as propriedades intrínsecas da sua própria natureza e função imponham diferente solução.

A especificidade do seu objeto e dos seus efeitos sugerem, no entanto, problemas especiais ²⁸. Encontrar-se-á mais vincadamente submetido à regra da

²⁶ “Although concerns about surrogacy arrangements tend to be raised only in relation to commercial surrogacy, many of the issues in question are apposite to the altruistic context as well. As in the commercial context, women who hold weaker and economically vulnerable positions within hierarchical families may be exploited” (Rakhi Ruparelia, *Giving away the «gift of life»: surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act*, Canadian Journal of Family Law, 23:1, 2007, pág. 13). Com efeito, o risco de coação para a realização de gestação gratuita de substituição – em particular, no seio familiar – é consideravelmente superior ao daquela que tiver caráter oneroso. O perigo nesta última hipótese é distinto: o de mulheres com condições desfavoráveis de vida a aceitarem unicamente movidas pelo móbil económico, transformando-a numa transação comercial similar a qualquer outra (como, de resto, já sucede em locais onde a pobreza é endémica), e tornando-as, eventualmente, objeto de exploração (Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, William & Mary Journal of Women and the Law, vol. 20:2, 2014, págs. 430 a 432). Especialmente quando se tenha em consideração que “surrogacy targets the same clientele as its counterpart, adoption”, pelo que “with an increasingly limited global market for adoption, surrogacy will continue expanding” (Katarina Trimmings – Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: an urgent need for legal regulation at the international level*, Journal of Private International Law, vol. 7, n.º 3, 2011, pág. 628).

Sem prejuízo do que antecede, convém ter presente, no entanto, que (aqui, como em outros lugares) a generalização é (sempre) um raciocínio perigoso. Com efeito, uma coisa é produzir para vender; outra é vender ocasionalmente o que se produziu. É, em parte, com base nesta constatação que, primitivamente, se deu a autonomização do Direito Comercial. Aplicando a distinção ao caso, significa isto que não se podem ter como equivalentes as situações em que uma mulher (voluntária ou forçadamente) se dedica, quase como ofício, à gestação por conta de outrem (como parece suceder *v.g.* em muitos lugares da Índia) e aquelas outras em que tal sobrevém episodicamente. O que suscita a questão: mostrar-se-á assim tão reprovável que, no âmbito destas últimas, o sacrifício pessoal se recompense devidamente?

Acresce, por outro lado, a interrogação: “Are these desperate women – women who value \$10,000 more than a baby only because society has failed to spread a safety net under them? Even if they were, this might not justify a ban on the enforcement of surrogate contracts. To someone who is desperately in need of \$10,000, a court’s refusal to allow her to obtain it will seem a hypocritical token of concern for her plight, especially since the court has no power to alleviate that plight in some other way” (Richard A. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, Journal of Contemporary Health Law and Policy, vol. 5, 1989, pág. 25).

²⁷ De tal modo que, “quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias” (artigo 39.º, n.º 1, LPMA). E quem, como “gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias” (artigo 39.º, n.º 2, LPMA).

²⁸ “The practice of surrogacy has raised a complex web of legal issues. Among the most important are whether surrogacy is best characterized as selling babies or providing personal services; whether participants should undergo mandatory screening; whether legal paternity is affected by surrogacy; whether surrogacy contracts are enforceable in whole or in part; whether surrogacy fosters the exploitation of women, children, and the poor, thereby undermining public policy; and finally, whether state and federal governments may legally interfere with an individual’s

boa-fé na contratação (artigo 227.º, Cód.Civil)? Quanto às estipulações que interferiram com o conteúdo, os limites gerais de Direito – como, por exemplo, os que resultam do disposto no artigo 280.º do Cód.Civil – adquirirão aqui maior intensidade? E, sobretudo, as regras comuns sobre não cumprimento ou cumprimento imperfeito ser-lhe-ão extensíveis em bloco? O eventual arrependimento da gestante adquirirá aqui alguma transcendência particular? A própria qualificação como prestação de serviços será exata? Não se estará ante um puro contrato de trabalho?

§ 4. *Traditional e gestational surrogacy*. Consoante haja ou não haja doação de óvulos à gestante, distingue-se a *surrogacy*, respetivamente, em *gestational* ou *traditional* ²⁹.

Na primeira, por se limitar a ceder a utilização do seu corpo para o efeito, a gestante não é havida como mãe genética ³⁰. Na segunda (como sucedeu no *Baby M case*), tudo ao contrário, ela tem essa qualidade ³¹. Ali, é a pessoa que juridicamente irá ser havida como mãe ou uma terceira mulher que cede os óvulos ³². Aqui, eles pertencem igualmente à gestante. A mãe comitente não o é, portanto, do ponto de

private procreative choices” (Anita L. Allen, *Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life*, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 13, 1990, pág. 139).

²⁹ *Traditional* porque, ao contrário da *gestational*, não pressupõe necessariamente o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Mas *traditional* também por, na sua forma mais simples, ser tão antiga quanto a própria Humanidade (cf. v.g. no Antigo Testamento, Gn 16, a história de Agar). Cf. v.g. Mark Strasser, *Traditional Surrogacy: contracts, partial enforcement, and the challenge for Family Law*, Journal of Health Care Law and Policy, vol. 18, 2015.

³⁰ Cf. v.g. *Johnson vs Calvert* [Supreme Court of California, 851 P.2d 776 (1993)]: Os Calverts (*defendants*) não podiam ter filhos em virtude o útero de Crispina (a mulher) ter sido removido. Johnson ofereceu-se para servir como *surrogate mother*. Celebrado o contrato, foi nela implantado um embrião criado a partir de um óvulo de Crispina e esperma do marido (Mark). Os Calverts concordaram em pagar \$ 10.000 à *surrogate* e em celebrar um seguro de vida em seu benefício. As partes acabaram, no entanto, por se desentender quando os *defendants* tomaram conhecimento de que a *plaintiff* já anteriormente tinha sofrido alguns abortos espontâneos e houvera tido alguns nados-mortos. Antes do nascimento da criança, sob pena de a não entregar, Johnson exigiu aos Calverts o integral cumprimento das respetivas obrigações contratuais. Ante a sua recusa, intentou ação contra estes. Em juízo, a discussão centrou-se, sobretudo, na determinação da paternidade/maternidade. O tribunal acabou por entender que os *defendants* eram os pais genéticos e que Johnson não era titular de quaisquer responsabilidades parentais (perdendo, inclusivamente, o direito de visita anteriormente acordado com os Calverts). Cf. v.g. Elizabeth S. Scott, *Surrogacy and the politics of commodification*, Law and Contemporary Problems, vol. 72:109, 2009, págs. 121 a 123.

³¹ V.g. Gaia Bernstein, *Unintended Consequences: Prohibitions on Gamete Donor Anonymity and the Fragile Practice of Surrogacy*, Indiana Health Law Review, vol. 10:2, 2013, pág. 292.

³² “Whereas traditional surrogacy is commonly used when the intended mother is infertile, gestational surrogacy is used in different situations. Gestational surrogacy is used where the intended father is infertile or single, or where the intended mother has absent or blocked fallopian tubes, endometriosis, an absent or nonfunctioning uterus or medical conditions associated with pregnancy-related mortality or morbidity. In addition to different reasons for using gestational surrogacy versus traditional surrogacy, a very different process occurs in pregnancies resulting from gestational surrogacy” (Brittney M. McMahon, *The science behind surrogacy: why New York should rethink its surrogacy contracts law*, Albany Law Journal of Science and Technology, vol. 21, 2011, pág. 362).

vista genético³³. Em qualquer caso, porém, há uma gestação de substituição.

A distinção terá relevância do ponto de vista natural, social, psicológico. Levará, eventualmente, à identificação de três mães: a *genitrix*, a *gestatrix* (a primeira com ligação genética, a segunda com – pelo menos – ligação afetiva e emocional) e a social ou jurídica³⁴. Permitirá debater se a *traditional surrogacy* não dará antes origem a uma simples hipótese (ainda que especial) de adoção, ao menos do lado da *intended mother*. Suscitará igualmente problemas de determinação da paternidade consoante a inseminação, tendo carácter artificial, seja *homóloga* ou *heteróloga*³⁵. E, pela disponibilidade de meios e de vontade que exige à gestante, será decerto estatisticamente menos frequente. Para aquelas legislações que, contudo, não autorizem negócios onerosos dirigidos à gestação de substituição, a distinção adquirirá escassa relevância do ponto de vista do conteúdo contratual³⁶. A utilização de material genético pertencente à própria gestante capaz de, em termos económicos, elevar o preço do serviço prestado, não é remunerável.

³³ Na “gestational surrogacy... the surrogate carries an embryo created through in vitro fertilization (IVF) with the sperm and eggs of the intended parents or donors” (Gaia Bernstein, *Unintended Consequences: Prohibitions on Gamete Donor Anonymity and the Fragile Practice of Surrogacy*, Indiana Health Law Review, vol. 10:2, 2013, pág. 295).

³⁴ “Na fertilização *in vitro* a dissociação entre fecundação e gestação é nítida: por um lado, o encontro entre o óvulo e espermatozoides ocorre fora do corpo da mulher para depois se desenvolver no organismo materno, por outro, a possibilidade de intervenção de duas mulheres neste processo – a mãe *genitrix* que fornece o óvulo e a mãe *gestatrix* que acolhe no seu ventre o embrião resultante da fecundação do óvulo daquela, que leva a gravidez a bom termo e dá à luz.

Neste âmbito, podemos distinguir três tipos de maternidade que muitas vezes estão dissociadas: a genética ou biológica, a uterina e a social ou afetiva. A primeira corresponde à proveniência biológica, a segunda, a quem gera no seu organismo o embrião e dá à luz e, a última, a quem cria a criança e a educa. Se o filho pode ter três mães, juridicamente, de quem é o filho, afinal? Porque quem dá à luz nem sempre é a mãe genética ou biológica” (Ana Paula Guimarães, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 100).

³⁵ Da conjugação entre utilização de técnicas de procriação medicamente assistida e gestação de substituição podem resultar, ao menos, três diferentes cenários: “(1) a woman may donate an egg that, when fertilized, will be implanted in the uterus of another woman who intends to raise the child; (2) the woman who provides the egg may herself intend to raise the child carried to term by another woman; or (3) a couple desiring a child may arrange for a woman to gestate an embryo produced from both a donated egg and a donated sperm. In this latter situation, the newborn child has five potential parents: a sperm donor, an egg provider, a woman who agrees to gestate the child, and two nonbiologically related persons who intend to raise the child” (Todd M. Krim, *Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother*, *Annals of Health Law*, vol. 5, 1996, págs. 193/194). Cf., de igual modo, Marta Costa – Catarina Saraiva Lima, *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, Lusíada – Revista de Direito, n.º 10, 2012, pág. 243.

³⁶ Existirá, eventualmente, diferença no que respeita ao número de partes. Na *traditional surrogacy*, “there exist only three parties to the contract: the natural father, the surrogate, and the surrogate’s husband, if she is married. The natural father’s wife need not be party to the agreement”. Na *gestational surrogacy*, distintamente, “there exist four parties to the contract: the natural father, the natural mother, the surrogate, and the surrogate’s husband, if she is married. The natural mother is included in the contract because she has parental rights to her genetic child” (Denise E. Lascarides, *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, *Hofstra Law Review*, vol. 25, issue 4, 1997, pág. 1245).

O artigo 8.º, n.º 3, da LPMA, interdita explicitamente a *traditional surrogacy* ao estabelecer que “a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante”³⁷. A *surrogate mother*, nesta modalidade, “simply serves as an incubator”³⁸. Ela é apenas “a mean to an end”³⁹.

Em todas as modalidades, a celebração do contrato de *surrogacy* assenta num pressuposto primário: deve dar-se antes da conceção. “Otherwise, the transaction is the sale of a child”⁴⁰ ou algo equiparável.

§ 5. *Contrato de surrogacy: tipicidade*. O contrato para a gestação de substituição há de ter-se como legalmente típico?

O critério para determinação da tipicidade legal a que um contrato se sujeita nunca se conseguiu definir de forma suficientemente segura. Todos os que se apresentam sempre revelam alguma dose de relatividade. Se os tipos contratuais legais “são os que constam tipificados na lei”⁴¹, pergunta-se: quando se considera a previsão legal suficiente para tanto? Bastará uma referência simples (como, por exemplo, a que resulta do artigo 936.º, n.º 2, do Cód.Civil à chamada locação-venda) para a tipificação legal ocorrer? Ou, ao invés, exigir-se-á a instituição de um regime desenvolvido (como *v.g.* o da compra e venda ou o da doação)?

Ainda que correndo o risco de alguma arbitrariedade, parece bastante, para o contrato ser havido como típico, que na lei se encontrem “elementos que nos permitam delimitar um modelo que seja reconhecível fora (e, por via de regra,

³⁷ “Na ordem jurídica portuguesa, de acordo com a lei aprovada, é paradigmática a diferenciação entre a mulher que outorga o óvulo e a comitente; pode, todavia, haver coincidência entre comitente e outorgante do material genético.

Temos, assim, as seguintes possibilidades:

i) Caso a comitente aceda à gestação de substituição por ausência de útero, o material genético feminino pertencerá necessariamente a uma terceira mulher que não é parte no contrato (por isso que a lei proíbe que o material genético pertença à gestante);

ii) Caso a comitente sofra de doença uterina (ou outra, como veremos, não identificada pela lei) que fundamente a gestação de substituição legalmente permitida, a falta de coincidência entre a dadora do material genético e a mãe jurídica pode ocorrer ou não. Pensa-se nos casos afirmativos, em que o embrião pertence à comitente que não pode proceder à gestação, o que sempre acontecerá em situações de doença que impeça a gestação após a formação do embrião⁷. Mas é igualmente possível que o óvulo não seja fornecido pela comitente e sim por terceira; iii) As outras situações clínicas em que a gestação de substituição é permitida, não especificadas na lei, podem, em princípio, ser dos dois tipos” (Margarida Silva Pereira, *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, Julgar – Online, janeiro de 2017, pág. 6).

³⁸ Denise E. Lascarides, *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, Hofstra Law Review, vol. 25, issue 4, 1997, pág. 1226.

³⁹ Karen H. Rothenberg, *Gestational Surrogacy and the Health Care Provider: Put Part of the «IVF Genie» Back Into the Bottle*, Law, Medicine & Health Care, vol. 18: 4, 1990, pág. 348.

⁴⁰ Irma S. Russell, *Within the Best Interests of the Child: The Factor of Parental Status in Custody Disputes Arising from Surrogacy*, Journal of Family Law, vol. 27, 1989, pág. 615.

⁴¹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 59.

antes) do mundo do Direito”⁴². Dependerá de cada caso. E, portanto, da extensão e profundidade que a lei conceder ao regime que institui. Mas, à partida, um ponto afigura-se inquestionável: a simples nomeação do contrato não chega para o ter como legalmente típico.

A lei identifica algumas das vinculações que as partes podem assumir mediante a celebração do contrato de gestação. Assim, explicitamente, devem os respetivos beneficiários, se tal ficar acordado, pagar “o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes” (artigo 8.º, n.º 5, LPMA). Cabe igualmente integrar no contrato de gestação, obrigatoriamente, “as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez” (artigo 8.º, n.º 10, LPMA), deste modo se definindo, verificadas tais circunstâncias, os competentes direitos e deveres das partes. Não pode, por outro lado, a referida convenção “impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”⁴³ (artigo 8.º, n.º 11, LPMA). Deve ter “natureza gratuita” (artigo 8.º, n.ºs 2 e 5, LPMA), não valendo quando exista “uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas” (artigo 8.º, n.º 6, LPMA). E tendo, por fim, em conta que “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários” (artigo 8.º, n.º 7, LPMA), infere-se igualmente que, após o nascimento (completo e com vida – artigo 66.º, n.º 1, Cód. Civil), cabe à gestante não só proceder à entrega da criança aos pais jurídicos, como também, em consequência, reconhecer a respetiva paternidade e/ou maternidade.

O Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, é mais prolixo. Assim, de acordo com o n.º 3 do seu artigo 3.º, do “contrato-tipo”⁴⁴ devem constar, entre outras, cláusulas tendo por objeto: a) As obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e a realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança; b)

⁴² Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 42.

⁴³ A mera vinculação à realização da gestação envolve a imposição de “restrições de comportamentos” à gestante [“the standard surrogacy contract requires the surrogate mother to obey all doctor’s orders’ made in the interests of the child’s health. These orders could include forcing her to give up her job, travel plans, and recreational activities. The doctor could confine her to bed, regulate her diet rigidly, and order her to submit to surgery and to take drugs” (Richard A. Epstein, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, *Virginia Law Review*, vol. 81, 1995, pág. 2334)]. Estas resultam, porém, da própria natureza das coisas e não do contrato.

⁴⁴ Como “a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida” (artigo 8.º, n.º 4, LPMA), quando as partes, porventura, entendam aditar ao contrato-tipo cláusulas nele não antecipadamente incluídas ou alterar as preexistentes, a sua válida inserção supõe a respetiva sujeição a apreciação específica.

Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar; c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto; d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação; e) A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde; f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal; g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição; h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor; i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar; j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato e as suas consequências; k) A gratuitidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes; l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato; m) A forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico”.

Afigura-se ser mais do que suficiente, em conclusão, para caracterizar o contrato de gestação como legalmente típico. Além de se lhe atribuir um nome, faz-se a sua descrição e a definição dos principais efeitos, familiares e obrigacionais. É quanto basta.

Dada a nomeação e a previsão legal, o contrato de gestação compõe um tipo próprio, *sui generis*. Mas haverá de ter-se como uma subespécie do contrato de prestação de serviços – “aquele em que uma das partes” (a gestante) “se obriga a proporcionar à outra” (os pais jurídicos) “certo resultado do seu trabalho..., com ou sem retribuição” (artigo 1154.º, Cód.Civil)? Ou deverá, em alternativa, ver-se como uma modalidade especial do contrato de comodato (artigo 1129.º, Cód.Civil) – convenção pela qual a gestante (a título de comodante) entrega uma coisa (o seu corpo) aos comitentes (a título de comodatários) para que estes dele se sirvam tendo em vista a geração de um filho? Ao menos num importante ponto, a qualificação oferece, em qualquer caso, um desfecho insatisfatório: com efeito, por uma via ou por outra, coisifica-se uma pessoa. Pela prestação de serviços, a criança, como *resultado* do trabalho da gestante, torna-se um objeto. Pelo comodato, o *corpo* da gestante adquire, para o fim visado, a natureza de coisa.

Será preferível, portanto, não forçar aproximações com tipos contratuais bem conhecidos e estabelecidos. Nenhum se encontra suficientemente perto. O contrato de gestação de substituição é algo absolutamente novo. Um contrato que, antes de obter regime legal, seria atípico puro ⁴⁵.

§ 6. *Contrato de surrogacy e prestação de serviços*. Afirmar que a gestação de substituição assenta genericamente num contrato de prestação de serviços (ainda que especialíssimo) suscita problemas delicados. Torna a conduta a que a *surrogate mother* se obriga a executar equiparável à de qualquer outro prestador de serviços ⁴⁶: mandatário, empreiteiro, depositário, etc. Equivale a trabalhar no interesse e por conta de outrem: os beneficiários da gestação. O que, sem dúvida, perturba e incomoda.

Ainda assim, descortinam-se diferenças fundamentais ante uma vulgar prestação de serviços.

Primeiro, sobretudo, porque o objeto ao qual a conduta da gestante se reporta não é uma coisa (*something*) – como normalmente sucede –, mas antes uma pessoa (*someone*) ⁴⁷. Levar a referida equivalência até às suas últimas consequências, acaba por coisificar a criança nascida por esta via, assimilando-a eventualmente a uma *commodity* ⁴⁸. Claro que um ser humano, a ser objeto, não se equipará a qualquer outro *quid* do mesmo género, nem é uma mercadoria ⁴⁹. Mas,

⁴⁵ “São contratos atípicos puros aqueles que, além de não corresponderem a qualquer tipo contratual, sejam construídos sem o recurso à modificação ou à combinação de um ou mais tipos contratuais” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 469).

⁴⁶ “«Everything works like clockwork. We wake up at 8 a.m., have tea, take our medicines and injections, and go back to sleep. Then we wake up at noon, bathe, and eat lunch. We basically rest. That’s what is required of us. We are allowed visitors, but not for the night. In the evening we pray. Then the English tutor comes and teaches us how to speak in English. We will be learning how to use a computer next». – Tina, a surrogate mother, describing the timetable at a surrogacy hostel in Anand, Gujarat, India” (Amrita Pande, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2010, vol. 35, n.º 4, pág. 969).

⁴⁷ “This... explains the «change of perspective» that many surrogates experience as their pregnancy develops: whereas at first they might feel that pregnancy is simply a form of physical labour, that they will have no difficulty giving up the child, and that they are simply performing a service for an infertile couple, these women often realize as the time of delivery nears, that they are expecting a child, in the full social and psychological sense of knowing that they are going to give birth to a human being that is closely tied to themselves” (Anton van Niekerk – Liezl van Zyl, *The ethics of surrogacy: women’s reproductive labour*, *Journal of Medical Ethics*, 21, 1995, pág. 347).

⁴⁸ “Surrogacy commodifies children, making them products or pets” (Casey Humbyrd, *Fair Trade International Surrogacy*, *Developing World Bioethics*, vol. 9, n.º 3, 2009, pág. 113). É sempre que se estabeleça a título oneroso, “there will be some inevitable external effects from social legitimation of the practice of exchanging women’s reproductive capacities, and the children who result, in return for cash. A choice to allow these to be treated as objects for sale and use may affect how men perceive women, how women perceive themselves, and how both perceive children. Here the questions of surrogacy and prostitution become closely allied” [Cass R. Sunstein, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, *Columbia Law Review*, vol. 92:1, 1992, pág. 46].

⁴⁹ “Unlike a good, a commodity is typically meant for consumption and does not have a unique

na perspectiva da mulher que oferece o serviço de gestação, a criança é o objeto da sua prestação⁵⁰. E se é verdade que, em rigor, o que os *commissioning parents* obtêm são os “parental rights over a child”⁵¹, algo da mesma ordem sucede também, todavia, em qualquer contrato de alienação relativo a coisas. O que *v.g.* o comprador adquire não é exatamente a coisa vendida, mas sim o direito – por exemplo, de propriedade – sobre ela.

Segundo, porque a *surrogate mother* não emprega propriamente a sua capacidade – física ou intelectual – de trabalho em benefício de outrem, mas põe antes o seu corpo ao serviço da contraparte⁵². Uma vez desencadeado, o “trabalho” de gestação não é dominado pela vontade da gestante.

Esta segunda constatação, porém, quando, para algum outro fim, se entenda ser lícita a utilização, em benefício próprio, do corpo alheio, como *v.g.* sucede com a *human billboarding* (especialmente nas suas formas mais invasivas ou agressivas – *v.g.* a tatuagem), valerá relativamente menos. Entre ambas as hipóteses, a diferença é (apenas) de grau⁵³.

A primeira gera a chamada *assymetry thesis*, de acordo com a qual a tarefa desempenhada pela *surrogate* é essencial e intrinsecamente distinta de qualquer outra forma de trabalho. O que impede a visualização do contrato em que ela se baseia como uma *pura* prestação de serviços.

§ 7. *Destino das responsabilidades parentais*. Como – a que título – adquirem os beneficiários da gestação de substituição as respetivas responsabilidades parentais?

subjective value. In other words, a commodity may be perfectly substituted with another unit. Since a baby is unique and cannot be perfectly substituted, the term «commodity» is inappropriate to describe the relationship of a parent to a child” (Denise E. Lascarides, *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, Hofstra Law Review, vol. 25, issue 4, 1997, pág. 1237).

⁵⁰ “The apprehension of exploitation is heightened in the case of commercial surrogacy by the presence of an exploitable third party: the child. Blood, sperm, and even kidneys are not, as things without personality, capable of being exploited. In contrast, a baby is not only an object through which adult parties can exploit each other, but also can itself be abused. (...) families might conceive a second child for the purpose of using it as a bone marrow, eye, or kidney donor for an existing sick child. Of course, parents conceiving a child by the mundane method might also contemplate using or abusing their offspring. Commercial surrogacy, however, encourages conceptualizing babies as commodities” (Shari O’Brien, *Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy*, 65 North Carolina Law Review, vol. 65, 1986, pág. 143).

⁵¹ Richard A. Epstein, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, Virginia Law Review, vol. 81, 1995, pág. 2308.

⁵² “While surrogacy is certainly not the same thing as slavery, American slavery had the effect of causing black women to become surrogate mothers on behalf of slave owners. (...) Surrogacy, however, is not slavery, and equating the two does not prove surrogacy immoral. By treating the two practices as moral equivalents, one ignores the enormous scope of control the slave owner exerts over the slave, a feature quite lacking in surrogacy arrangements” (Anita L. Allen, *Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life*, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 13, 1990, págs. 140 e 142).

⁵³ E não é verdade que “every service in our economy is sold: academics sell their minds; athletes sell their bodies...?” [Ruth Macklin, *What is wrong with commodification?*, in *New ways of making babies: the case of egg donation* (Cohen CB – editor), Indiana University Press, 1996, pág. 108].

O artigo 8.º, n.º 1, da LPMA, apenas preceitua que, por intermédio do contrato de gestação, a gestante abdica⁵⁴, ainda que implicitamente, dos “poderes e deveres próprios da maternidade”⁵⁵.

Pelo que se torna legítima a interrogação: os referidos beneficiários obtêm-nos então com fundamento (a) no próprio contrato de gestação, (b) diretamente na lei ou (c) em adoção?

A última hipótese é de excluir liminarmente. A lei não exige a prática de um ato especificamente destinado a constituir as responsabilidades parentais a cargo dos beneficiários da gestação como sucede ante a adoção propriamente dita⁵⁶. Menos ainda que ele observe a solenidade de uma decisão judicial (artigo 1973.º, n.º 1, Cód.Civil). É certo que naquelas ordens jurídicas onde o contrato de gestação ainda não encontra sede legal, não resta remédio que não passe pela necessidade de, para o efeito, praticar o referido ato. Mas, ante a disciplina instituída pela LPMA, afigura-se descabido insistir em semelhante exigência.

Sobra, assim, a opção entre o contrato de gestação e a lei como fontes de constituição das responsabilidades parentais.

(i) Se aquele for válido, elas imputar-se-ão evidentemente aos comitentes.

(ii) Se, ao invés, for inválido (por qualquer razão), e dado que a criança – com fundamento no seu direito à *história pessoal* (artigo 26.º, n.º 1, Constituição) – não pode deixar de ficar com a respetiva filiação instituída (especialmente quan-

⁵⁴ Em termos meramente linguísticos será concebível dizer-se que a renúncia da gestante aos “poderes e deveres próprios da maternidade” opera em favor dos respetivos beneficiários (v.g. Marta Costa – Catarina Saraiva Lima, *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, Lusíada – Revista de Direito, n.º 10, 2012, pág. 242). A abdicação, contudo, não é um modo de transmissão de situações jurídicas, mas antes da sua extinção. Acresce que as responsabilidades parentais são obviamente insuscetíveis de alienação (no sentido exato da locução). “The argument relies on the concept of inalienability and has a strong and a weak version, both of which may help the case of a surrogate who changes her mind during or after pregnancy.

The strong version is that the parental rights attendant to family and procreative privacy rights are commercially inalienable – that is, they cannot be exchanged for money – because they are of fundamental importance to their possessors’ best interests. (...)

The weak version is that a woman can commercially alienate parental rights, but not without reserving a postnatal opportunity to change her mind” (Anita L. Allen, *Privacy, Surrogacy, and the Baby M Case*, *The Georgetown Law Journal*, vol. 76, 1988, págs. 1787/1788).

Cabe entender, portanto, que a declaração de abdicação implicitamente imputável à gestante por causa da celebração do contrato de gestação líquida as suas responsabilidades parentais. Outras nascerão, entretanto, a cargo dos beneficiários. Como? Necessariamente por força da lei, como se diz no texto.

⁵⁵ No âmbito do contrato de *surrogacy*, “a gestante aceita: (i) engravidar no interesse dos beneficiários e levar a gravidez até ao fim; e (ii) depois do parto, entregar a criança nascida aos beneficiários, «renunciando aos poderes e deveres da maternidade». Esta renúncia justifica-se e tem sentido para a caracterização da figura num quadro normativo em que a mesma é proibida e a filiação relativamente à mãe resulta, nos termos gerais, do facto do nascimento (cfr. o artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil)” (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Proc. n.º 95/17, de 24/04/2018).

⁵⁶ “A surrogate parenting agreement is not in itself an adoption agreement. It is an agreement pursuant to which the biological mother agrees for a fee to terminate her parental rights upon the birth of the child and to surrender the child” aos respetivos beneficiários (Barbara L. Atwell, *Surrogacy and Adoption: A Case of Incompatibility*, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 20:1, 1988, pág. 15).

do seja possível individualizar alguém para tanto), mãe e pai *biológicos* hão de fatalmente ser aqueles que forneceram o material genético para a gestação. Exceto quando os dadores do óvulo ou do esperma devam permanecer anónimos⁵⁷.

Sendo identificáveis, diferente é a questão de saber se, depois, nesta hipótese, se mostrará plausível assacar-lhes as competentes responsabilidades parentais. A satisfação do direito à identidade genética não se confunde com a determinação das pessoas a quem aquelas se devem atribuir.

(ii.i) Se o material genético for fornecido por ambos os comitentes (supondo que formam casal heterossexual), a eles hão de pertencer forçosamente as correspondentes responsabilidades parentais. Tudo se passa, para este efeito, como se o contrato de *surrogacy* fosse válido.

Como justificar esta óbvia solução?

Pressupondo que a eficiência negocial é suscetível de destruição, a nulidade ou a anulação encontram-se, com efeito, normalmente dotadas de consequências regressivas (artigo 289.º, Cód.Civil). Contudo, a retroação representa em substância uma ficção, inviável sempre que a eficácia do negócio se cifre num facto consumado (artigo 434.º, n.º 2, Cód.Civil). Tratando-se de invalidade do contrato de *surrogacy*, esta conclusão sai reforçada porque: (i) regredir acarretaria impor responsabilidades parentais a alguém – a gestante – que desde a sua celebração as não pretende obter, o que se torna especialmente violento quando a oportunidade de proceder à interrupção voluntária da gravidez já se tenha desvanecido; (ii) levando em conta que a LPMA apenas legitima a *gestational surrogacy*, qualquer outra solução traduzir-se-á numa infração ao princípio da verdade biológica.

⁵⁷ O que, pelos vistos, não deverá ser regra. Com efeito, de harmonia com o acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional (Proc. n.º 95/17, de 24/04/2018), “é de concluir, à luz das conceções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, que a opção seguida pelo legislador no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição – mas, no caso destas, como regra absoluta –, merece censura constitucional. Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP. Combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado por este Tribunal, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente”. Cf. a atual redação do n.º 2 do artigo 15.º da LPMA.

Os direitos ao conhecimento da história pessoal e à identidade genética, sendo decerto muito importantes, não estão, contudo, no topo da pirâmide dos direitos fundamentais. Não é seguro que em confronto, por exemplo, com o direito à intimidade privada devam prevalecer sempre ou sequer normalmente. Basta ver como *v.g.* as ações de investigação da maternidade ou da paternidade se sujeitam a um prazo de caducidade não muito longo (artigos 1817.º, n.º 1, e 1873.º, Cód.Civil).

A primeira observação somente fornece suporte, todavia, para atribuir eficácia *ex nunc* à invalidação do contrato de gestação de substituição. Não permite superar, no que ao exercício dos poderes parentais respeita, os seus efeitos indesejados.

Há em acréscimo, no entanto, um outro aspeto a levar em atenção. Em rigor, uma coisa é o contrato (de *surrogacy*) pelo qual, como é próprio, se definem os direitos e obrigações dos comitentes e da gestante. Outra, distinta, é a declaração da segunda que veicula o reconhecimento de que a criança gerada em substituição não é geneticamente sua e que a conduz, consequentemente, a renunciar “aos poderes e deveres próprios da maternidade” (artigo 8.º, n.º 1, LPMA). Ela tem natureza unilateral, embora se encontre subentendida naquele. Não é uma declaração de vontade, pois não é por simplesmente a gestante assim o pretender que o filho não lhe há de pertencer. Trata-se antes, por se cingir à confirmação da *verdade biológica*, de uma mera declaração de ciência⁵⁸. Só a título excepcional caberá, por isso, estender-lhe o regime próprio do negócio jurídico, designadamente em matéria de invalidades.

Concebendo-se a situação nestes moldes, a invalidação do contrato de *surrogacy* não arrasta inevitavelmente, em geral, a invalidação da referida declaração de ciência. Esta somente não valerá quando sofra de um vício, próprio ou comum, suscetível de pôr em causa a verdade biológica que por seu intermédio se pretende manifestar (por exemplo, erro sobre a identidade dos dadores do material genético). Diversamente, se a nulidade decorrer *v.g.* de as partes terem celebrado o contrato com carácter oneroso, inexistente razão para que ela se estenda àquela declaração. O que se justifica, se por mais não for, pela entrada em funcionamento do instituto da redução (artigo 292.º do Cód.Civil)⁵⁹.

(ii.ii) O mesmo aproximadamente se diga *mutatis mutandis* para o caso de o material genético ser facultado por um dos comitentes – o que, neste capítulo, constitui a condição mínima exigida para o contrato de *surrogacy* se ter como lícito (artigo 8.º, n.º 3, LPMA) –, pertencendo a outra parte a terceiro. Pelas mesmas

⁵⁸ A propósito de uma figura próxima, ainda que destinada a produzir efeito inverso, dizia Castro Mendes (*Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, revisto e atualizado, AAFDL, Lisboa, 1985, págs. 74/75): da declaração de ciência “é exemplo a perfilhação” a qual “não se traduz em rigor num *quero que o perfilhado seja meu filho*, mas num *afirmo que o perfilhado é meu filho*”. Razão pela qual “interessa à lei o aspecto de revelação de uma verdade, que pode ser impugnada em termos de não-verdade (arts.º 1859.º, n.º 1, 1860.º, n.º 2, mesmo art.º 1850.º dados os amplos limites da capacidade). Parece que a não consciência de se vincular não é anulatória (art.º 1860.º, n.º 2)”.

⁵⁹ Aliás, para a específica causa de nulidade que se apresenta no exemplo do texto, chegar-se-ia provavelmente à mesma exata conclusão, mesmo sem diferenciar contrato de *surrogacy* da declaração unilateral de reconhecimento de que a criança não é geneticamente da gestante, através do recurso ao mecanismo da conversão (artigo 293.º, Cód.Civil). Com esta importante diferença procedimental: obtendo-se o aproveitamento mediante a conversão, caberia aos interessados na manutenção dos efeitos da gestação de substituição fazer prova de que “o fim prosseguido pelas partes” permitiria supor que elas “teriam querido” o contrato de *surrogacy* gratuito, “se tivessem previsto a invalidade” do oneroso que outorgaram. Ao passo que, mediante a construção sugerida no texto, a aludida declaração de ciência só não subsistiria caso, porventura, se mostrasse que o conjunto de atos “não teria sido concluído sem a parte viciada”.

razões que justificam a solução apontada na conjuntura antecedente, as responsabilidades parentais não de caber a esse, podendo o outro, quando exequível, adquiri-las mediante adoção.

(ii.iii) Por fim, em qualquer outra hipótese – e, designadamente, quando a declaração de reconhecimento de que a criança não é geneticamente própria se mostre inválida –, não restará, em geral, outro remédio, ao menos no que respeita ao estabelecimento da maternidade, do que aplicar a regra *Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat* (mãe de uma criança é a mulher que a deu à luz). Sem prejuízo, claro, de à gestante, ante este condicionalismo, se facultar o recurso à interrupção voluntária da gravidez nos termos gerais da alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Cód.Penal.

Do que antecede infere-se que, mesmo ante a falta de um contrato de gestação válido e eficaz, cabe proceder à atribuição de responsabilidades parentais a quem deva ser tido como progenitor. Desejavelmente até a quem seria comitente, sendo ele a proporcionar o material genético. Não há de ser somente, portanto, com fundamento em contrato válido de gestação que se exceciona a regra segundo a qual “relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento”⁶⁰. O que já indicia que o arranjo negocial não é causa suficiente para definir a responsabilidades parentais.

É conjecturável que a atribuição de tais responsabilidades aos beneficiários da gestação resulte de cláusula expressamente inserida na convenção. Mas isso não há de bastar. A definição do estado pessoal – particularmente, dos estados de filho, de pai e de mãe – não pode basear-se exclusivamente num contrato. Trata-se de matéria claramente subtraída à disponibilidade das partes.

Pelo que, conclui-se, só à lei – ainda que indiretamente ou *a contrario* – compete definir regras para determinação da filiação. Inclusivamente quando elas se depreendam unicamente a partir da conclusão de um contrato – no caso, o de gestação – e da inerente declaração unilateral, imputável à gestante, pela qual reconhece que a criança gerada em substituição não é geneticamente sua. Com efeito, se, à partida, por determinação legal, ela não é mãe – nem do ponto de vista jurídico, nem do genético –, será pai/mãe, infere-se, quem daquela declaração reflexamente beneficiar por via da celebração do contrato de *surrogacy*.

B. Contrato de *surrogacy*: execução.

§ 8. *Contrato de surrogacy vs regime geral dos contratos*. Apesar de não se dever estranhar (quando a respetiva prova se faça) que estatisticamente a grande maioria há de ter caráter oneroso e que, portanto, há de, por essa razão, ser nula (artigos 8.º, n.º 2, LPMA, e 294.º, Cód.Civil)⁶¹, antecipa-se, quase intuitivamente,

⁶⁰ Ainda que se, porventura, a identidade dos fornecedores do esperma e dos óvulos for, ou dever ser, desconhecida, não reste remédio, ao menos no que toca ao estabelecimento da maternidade, do que aplicar a regra contida no n.º 1 do artigo 1796.º do Cód.Civil.

⁶¹ Com a consequente criminalização das condutas da gestante e dos beneficiários da gestação,

que a principal dificuldade que o contrato de gestação suscitará não é tanto a relativa à respetiva validade, mas, sobretudo, a que se liga à sua observância. Entre a recusa de cumprimento – em especial, a que se fundar no arrependimento da gestante⁶² – de alguma das obrigações dele emergentes e a sua deficiente execução situar-se-ão os mais importantes problemas⁶³.

A validade do contrato de *surrogacy* gera obrigações entre a gestante e aqueles que serão os pais jurídicos. Todas podem ter por objeto as mais distintas prestações. A parcela mais importante, porém, respeita ao corpo da mãe *gestatrix*. Elas não são, contudo, recíprocas e interdependentes (*v.g.* a obrigação de os beneficiários entregarem à gestante “o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes” – artigo 8.º, n.º 5, LPMA – não é fundamento da obrigação assumida por esta de permitir o uso do seu corpo para o efeito). Trata-se, portanto, de contrato não sinalagmático.

Perante a falta, insuficiência ou desadequação das estipulações negociais especialmente acordadas ou daquelas que se consideram incluídas em qualquer contrato singular por via da adoção do contrato-tipo (aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida), várias interrogações, de diversa ordem, se levantam. Pode a gestante obrigar-se a não manter comportamentos de risco (não fazer *v.g.* longas viagens) capazes de inviabilizar o sucesso da gestação? Ou pode ela vincular-se ao cumprimento exato da rotina de acompanhamento médico contratualmente predefinida, nomeadamente quando esta se mostre mais exigente do que a fixada pelas *legis artis*? E o que sucederá se não lhes der perfeita execução? E se, à conta da realização de condutas contrárias às obrigações assumidas, a criança nascer com deficiência, poderão os comitentes recusar legitimamente recebê-la? E, não podendo, ser-lhes-á reconhecido, ao menos, o direito à compensação por danos morais?

§ 9. *Arrependimento da gestante*. A recusa de cumprimento (*withdrawal*) da gestante poderá conjecturar-se em que circunstâncias⁶⁴?

nos termos do artigo 39.º da LPMA. Cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, Proc. n.º 963/06, de 03/03/2009.

⁶² “Any contract determines one’s future behaviour to some extent. Signing a contract does not deny that one’s views and feelings might change in the interim. But undergoing a change of one’s perspective, of one’s views or feelings, does not change the terms of the contract, for this would defy the purpose of the contract, ie, to provide mutual assurances of how the parties to the contract would act in future” (Anton van Niekerk – Liezl van Zyl, *The ethics of surrogacy: women’s reproductive labour*, Journal of Medical Ethics, 21, 1995, pág. 346).

⁶³ “When surrogacy runs smoothly, there are no objections; but if the arrangement breaks down, then surrogacy is disapproved of by the media and the general public, and the disposition of sympathy is dependent, almost entirely, on the facts of the individual case” (Derek Morgan, *Enigma Variations: Surrogacy, Rights and Procreative Tourism*, in Rachel Cook – Shelley Day Sclater – Felicity Kaganas, *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003, pág. 75).

⁶⁴ “The problem of changes of heart is an issue that may arise in any contractual agreement,

De um modo geral, para qualquer contrato, é em princípio inconsequente o arrependimento que se traduza na resistência à execução de obrigações previamente assumidas de forma livre e esclarecida. Cada sujeito deve dar cumprimento ao compromisso que validamente adota perante outro porque: (i) a identidade individual (entre o “antes” da promessa e o “depois”) permanece inalterada; (ii) ele é fruto de uma decisão autónoma; (iii) a responsabilidade, inerente à liberdade, exige-o⁶⁵. Por isso se preceitua *v.g.* que o contrato é genericamente insuscetível de modificação ou de extinção por simples declaração unilateral de alguma das partes (artigo 406.º, n.º 1, Cód.Civil). Por isso se considera que a alteração das circunstâncias vigentes à data da celebração do contrato não se repercute normalmente sobre a produção ou a manutenção dos seus efeitos (artigo 437.º, Cód.Civil, *a contrario*).

A conjugação entre estas ideias permite, contudo, conjeturar hipóteses (ainda que excecionais) em que inexiste coincidência entre o «earlier self» e o «later self»⁶⁶. Se *v.g.* um sujeito celebra algum contrato sob coação não é sustentável afirmar a existência de um «eu anterior» idêntico ao «eu posterior». O coagido

but due to the unique characteristics of long-term contracts, such as the surrogacy contracts, which are very popular in the modern era, this problem becomes even more prevalent. Every contract by its nature carries with it a level of uncertainty. However, the long-term contract raises some additional problems with special traits; the most important problem, for our discussion, is the limited cognitive discretion of the contracting parties to properly calculate and evaluate their undertakings. One can count on the following difficulties: the difficulty to properly evaluate future risks and the difficulty in obtaining all relevant information and reasonably analyzing it” (Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, William & Mary Journal of Women and the Law, vol. 20:2, 2014, pág. 433).

⁶⁵ “Where the earlier self in a fully voluntary way renounced his right to revoke in the future (or during some specified future interval), or explicitly instructed another, as in the Odyssean example, not to accept contrary instructions from the future self, then the earlier choice, being the genuine choice of a sovereign being free to dispose of his own lot in the future, must continue to govern. After all, the earlier self and the later are identically the same self, not morally distinct persons, but rather one person at different times. Talk of «the earlier self» and «the later self» is only a useful *façon de parler*. If it is taken literally as referring to two distinct beings, it can only generate mystery and confusion, for then we shall have no way of explaining how one fully autonomous person can bind another fully autonomous person without the latter’s consent. All of our ordinary notions of responsibility, as well as such basic moral practices as promise-making, presuppose a relation of personal identity between earlier and later stages of the same self. Without that presupposition, very little of the idea of personal autonomy can be salvaged either” (Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution*, The Notre Dame Law Review, vol. 58:3, 1983, pág. 478).

⁶⁶ “Not every «later self», of course, simply in virtue of being later than an earlier one, is therefore distinct in identity from that earlier one, but only a later self who has undergone a thorough sea-change of basic values. The seller who, after an interval of a year, comes to think that his earlier irrevocable agreement not to reopen a business in competition with the purchaser was unwise is not on that ground alone a «different person» from the man who made the original agreement. A convicted murderer, however, who after seven years on Death Row has acquired an education, achieved genuine repentance, and reconstructed his personality and character, might well be described seriously (and not just as *façon de parler*) as «not the same person» as the vicious savage who committed the murder seven years earlier” (Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution*, The Notre Dame Law Review, vol. 58:3, 1983, pág. 479).

difere (ainda que presumivelmente) da pessoa que teria celebrado a convenção caso inexistisse coação. Mas, ao invés, “let us take a 19th century Russian who, in several years, should inherit vast estates. Because he has socialist ideals, he intends, now, to give the land to the peasants. But he knows that in time his ideals may fade. To guard against this possibility, he does two things. He first signs a legal document, which will automatically give away the land, and which can only be revoked with his wife’s consent. He then says to his wife, «If I ever change my mind, and ask you to revoke the document, promise me that you will not consent»”⁶⁷. A (pretensa) mudança de identidade pessoal do marido vinculará a mulher a dar o consentimento que se havia comprometido a não dar?

Analogamente, serão conjeturáveis hipóteses em que a identidade da gestante se modifique, de forma atendível, entre o momento da celebração do contrato de gestação e o do nascimento do ser gerado para outrem?

Sem esquecer que a resolução do problema subjacente se mostra mais delicada ante a *traditional surrogacy* (proibida pela LPMA), a concretização, para o presente efeito, das ideias antecedentes, envolve distinguir, preliminarmente, consoante à gravidez já se tenha dado início ou não.

Neste último caso, a referida recusa da gestante traduz-se na falta de consentimento para a sujeição à inseminação. Sendo o contrato válido, seria devido o comportamento inverso. É preciso distinguir, todavia, atendendo ao disposto no artigo 4.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, consoante aos “processos terapêuticos de PMA” já se tenha dado começo ou não. Nesta última situação, “as declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários manifestadas no contrato de gestação de substituição, são livremente revogáveis”. O não cumprimento do acordado carece, portanto, de consequências. Na primeira hipótese, ao contrário, a sua inexecução gera responsabilidade contratual. Tratando-se, no entanto, de obrigação de natureza puramente pessoal, e já que o contrato de gestação “não pode... impor normas que atentem contra (a) liberdade” da gestante (artigo 8.º, n.º 11, LPMA) a respetiva realização coativa fica liminarmente excluída. Resta a compensação por danos pessoais (artigos 801.º, n.º 2, e 496.º, Cód.Civil) sofridos por aqueles que seriam os beneficiários da gestação. A indemnização por danos patrimoniais, neste contexto, só é concebível no pressuposto de os últimos já terem efetuado despesas visando a execução do acordo obtido com a gestante.

Se, ao invés, a inseminação se encontrar já efetuada com sucesso, pode dar-se o caso, primeiro, de pura impossibilidade de cumprimento quando, porventura, a gestante haja voluntariamente interrompido a gravidez. Como adiante se verá, sujeitar-se-á então à “obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte” (artigo 81.º, n.º 2, Cód.Civil), tendo-o feito legitimamente. Caso contrário, responderá pelo respetivo inadimplemento nos termos gerais.

⁶⁷ Derek Parfit, *Later Selves and Moral Principles*, Philosophy and Personal Relations, A. Montefiore ed., 1973, pág. 145.

Se, diversamente, ela conclui a gravidez e ocorre o nascimento, a entrega da criança aos pais jurídicos consiste, sobretudo, na sua colocação à disposição destes, sem, designadamente, levantar obstáculos. Regularmente, nem será feita por ela, mas antes pelo próprio estabelecimento hospitalar onde o nascimento tenha sucedido. Apenas ante uma hipótese de fuga – que, em rigor, configurará sequestro da criança –, a obrigação de entrega (no sentido exato da locução) adquirirá alcance prático.

Neste pressuposto, o não cumprimento imputável à gestante será capaz de se fundar na eventual reclamação das responsabilidades parentais para si. Como, porém, a maternidade e a paternidade se encontram estabelecidas desde a conceção a favor dos beneficiários da gestação (artigo 1878.º, n.º 1, Cód.Civil; artigo 8.º, n.º 7, LPMA), a pretensão improcederá⁶⁸. O incumprimento da obrigação principal a cargo da gestante torna-se impraticável nestas circunstâncias⁶⁹.

Ao esquema que fica traçado, o Tribunal Constitucional (acórdão n.º 225/2018, Proc. n.º 95/17, de 24/04/2018, DR n.º 87/2018, série I, de 07/05/2018) aditou uma ressalva fundada no *“direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição”*. Ele *“tem de ser assegurado ao longo de todas as fases em que se desdobra o processo de gestação de substituição: celebração do contrato, aplicação das técnicas de PMA, gravidez, parto e entrega da criança aos beneficiários. Consequentemente, quer a insuficiência de informação eventualmente viciante do consentimento inicial da gestante, quer a alteração posterior e imprevisível da sua vontade em razão de vicissitudes ocorridas durante a gestação ou o parto, justificam a possibilidade da ocorrência de situações não consideradas no consentimento por ela previamente prestado e, por isso mesmo, incompatíveis com a afirmação da sua personalidade. Ou seja, tendo a gestante deixado de querer continuar no processo de gestação de substituição tal como delineado no correspondente contrato, deixa também de poder entender-se que a sua participação em tal processo corresponde ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade.*

Deste modo, atentas as aludidas características físicas, biológicas, psíquicas e potencialmente afetivas da gravidez e do parto, a revogabilidade do consentimento inicialmente prestado é a única garantia de que o cumprimento das obrigações específicas de cada fase daquele processo continua a ser voluntário e, por isso, a corresponder ao exercício de

⁶⁸ “The gestator provides gestation as a service, but she has no direct ownership, parental affiliation, or identity interest in the embryo/fetus – which therefore cannot be conceptualized as an element of her body, let alone her «self» – nor, hence, can she have the sort of parental/maternal interest in the child that might have resulted from her having had an original interest in the elements and processes through which the child was formed” (Yasmine Ergas, *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, Emory International Law Review, vol. 27, 2013, pág. 141).

⁶⁹ Claro que a solução apenas se apresenta com esta limpidez porque a própria lei, direta ou indiretamente, define os efeitos do contrato de gestação. Onde e quando inexistir lei reguladora, ele será exclusivamente fruto da liberdade contratual (artigo 405.º, Cód.Civil). Caso em que a determinação das responsabilidades parentais não se afigura líquida. Apenas em adoção se poderá fundar, então, a sua eventual assunção pelos beneficiários da gestação de substituição.

tal direito. A pura e simples autovinculação antes do início do processo de gestação de substituição não permite acautelar suficientemente tal voluntariedade ao longo de todo o processo. Por outras palavras, a aludida revogabilidade corresponde a uma garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, o qual constitui um alicerce fundamental do modelo português de gestação de substituição. E à semelhança das exigências de gratuidade e de não subordinação económica para garantir a liberdade de consentimento inicial, a revogação em causa também tem de ser *liore*, no sentido de excluir, pelo menos, qualquer indemnização. Com efeito, as obrigações contratuais pressupõem o consentimento, pelo que, desaparecendo este, aquelas também deixam de poder subsistir, não havendo lugar para qualquer incumprimento contratual.

Simetricamente, o estabelecimento de limites legais à revogabilidade do consentimento da gestante não pode deixar de corresponder à definição de outras tantas restrições do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, nomeadamente para salvaguarda do interesse dos beneficiários e do respetivo projeto parental. Apesar de vinculante desde o início, o consentimento da gestante, para garantia da sua dignidade pessoal, tem de se manter atual ao longo de todo o processo de gestação de substituição, nomeadamente enquanto aquela cumpre as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição (...). Consequentemente, a imposição sem exceção da vinculatividade de tal consentimento – que é prestado ainda antes da transferência do embrião –, até ao fim do processo de gestação de substituição, apesar de o mesmo não se poder ter como totalmente esclarecido – dada a imprevisibilidade de todas as vicissitudes que podem ocorrer durante o período de gestação e durante o próprio parto –, nem poder antecipar alterações de circunstâncias subjetivas essenciais ocorridas durante o mesmo período, revela-se como uma limitação severa da mencionada exigência de atualidade. Com efeito, a vinculação ao consentimento anteriormente prestado não impede que, por razões atendíveis inerentes à necessária incompletude da informação inicial ou à própria dinâmica da gravidez, em algum momento até depois do parto, a gestante seja confrontada com uma obrigação – continuar a suportar gravidez de um filho destinado aos beneficiários ou proceder à sua entrega após o parto – cujo cumprimento já não corresponde à sua vontade mais profunda e antes constitua, para si, uma violência. Ora, o consentimento que lhe é exigido para participar num processo de gestação de substituição visa também prevenir tal tipo de situações, uma vez que as mesmas convertem – e degradam – o que foi concebido como ato de solidariedade ativa numa instrumentalização atentatória da sua dignidade pessoal”.

Resulta, do que antecede, a necessidade de garantir à gestante de substituição o direito de livremente derrogar, até à entrega da criança aos comitentes, a declaração unilateral de demissão das responsabilidades parentais que para tanto implicitamente concedeu mediante a celebração do contrato de *surrogacy*. O que, à primeira vista, se encontra de harmonia, nos termos do n.º 2 do artigo 70.º do Cód.Civil, com a regra segundo a qual toda a limitação voluntária a direitos de personalidade, “quando legal, é sempre revogável”. Contudo, neste como em qualquer outro caso, a inerente destruição de efeitos não pode evidentemente produzir o resultado pretendido quando se encontre ultrapassado o ponto em que o retrocesso decorrente do exercício do poder de revogação seja impraticável

ou inexequível. Assim sendo, cabe agora perguntar qual é então, para o contrato de *surrogacy*, o *point of no return*? A inseminação ou o nascimento? Dever-se-á entender que entre o «earlier self» (a gestante no momento da celebração do contrato de *surrogacy*) e o «later self» (a gestante antes de cumprir, perante os comitentes, o dever de entrega da criança gerada) existem dissemelhanças significativas capazes de legitimamente justificar o arrependimento⁷⁰?

Acresce, por outro lado, que pertence aos comitentes entregar à *surrogate*, pelo menos, “o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes” (artigo 8.º, n.º 5, LPMA). O que de imediato sugere a seguinte questão: quando ela se arrependa e, após o nascimento, decida não entregar a criança, hão de os primeiros ter algum direito à restituição? E a que título: indemnização, regresso, enriquecimento sem causa? É que, nos referidos termos do artigo 81º, n.º 2, do Cód.Civil, a parte que revoga o contrato do qual resulta, para si, uma limitação a algum direito de personalidade, assume *ope legis* a “obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”?

E, por fim, tendo o Tribunal Constitucional pretendido estender o mais possível a tutela da dignidade da gestante e da criança, não terá acabado por autorizar uma maior coisificação desta última? É que, alegando embora razões afetivas ou emocionais, a primeira poderá estar efetivamente a sustentar a entrega da criança – como se exercesse direito de retenção – para forçar os comitentes ao pagamento

⁷⁰ O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, Proc. n.º 829/2019, de 18/09/2019, acrescenta novos argumentos no sentido de reforçar a afirmação de uma efetiva dissemelhança significativa entre o anterior Eu da gestante e o seu Eu posterior. “O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado: há uma diferente identidade (até epigenética). A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião. E inversamente: o embrião/feto altera a mãe gestatária, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspetos emocional e espiritual) – nenhuma mulher é a mesma pessoa (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna. A grávida de substituição pode entregar a criança após o parto à mãe «legal-social», mas terá toda a sua vida na respetiva circulação DNA desse ser humano, possivelmente com consequências na respetiva saúde e comportamento – a relação não termina com o cumprimento do contrato. A grávida não se limita a «alimentar» o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o microambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigénio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes (condicionando, possivelmente, futuras patologias e talvez comportamentos da pessoa que vai nascer) (pp. 29-30). A partir destas considerações, bem como do conhecimento da possibilidade de ocorrência de malformações do feto ou doenças fetais ou de que qualquer gravidez envolve, em maior ou menor grau, riscos para a saúde física ou psíquica da grávida (cfr. o artigo 8.º, n.º 10 da LPMA e o artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal), pode concluir-se com referência ao processo de gestação:

– Que se trata de um fenómeno dinâmico e imprevisível quanto a uma série de vicissitudes possíveis quer quanto ao feto-nascituro, quer quanto à grávida;

– Que no seu âmbito se constitui uma relação biológica e potencialmente afetiva entre a grávida e o feto;

– Que tal processo também pode interferir com a autoconsciência da própria gestante”.

Pergunta-se, contudo: o princípio da força vinculativa dos contratos (*conventio est lex*) (artigo 406.º, n.º 1, Cód.Civil) não sairá, assim, fortemente abalado? É que certamente existirão outras espécies contratuais em que a disparidade entre o «earlier self» e o «later self» está presente e, sobretudo, é de considerável dimensão. O que implica que, ao contrário do que normalmente se entende, à alteração das circunstâncias deva caber um papel muito mais relevante.

das despesas que contratualmente lhes competirem!

§ 10. *Efeitos do exercício do direito ao aborto.* É intuitivo que o direito ao aborto, nos casos em que este se encontre legitimado, há de conceder-se à gestante de substituição⁷¹. É ela que suporta a gravidez. É para não arcar com o correspondente estado e com os respetivos efeitos (estabelecimento da maternidade) que tal direito se concede. O resultado é, porém, perturbante: trata-se de, através do seu exercício, liquidar o filho de outrem.

Com efeito, se a personalidade jurídica se obtém com a conceção⁷² e se, sobretudo, os pais são representantes (legais) do filho desde esse mesmo instante (artigo 1878.º, n.º 1, Cód.Civil), cabe entender que a maternidade ou a paternidade se instituem igualmente a partir daí e não somente do nascimento em diante. Trata-se, no fundo, de reproduzir o entendimento social: os pais naturais são-no desde a conceção e não apenas a partir do nascimento. Inexiste razão para que as coisas se devam conceber de distinta maneira quando aquelas se estabeleçam mediante o recurso à gestação de substituição.

A gestante, ao entregar a criança aos beneficiários, está apenas, portanto, a dá-la a quem (já) é titular dos correspondentes direitos parentais⁷³. É, aliás, este o resultado que se pretende obter com a consagração legal da figura. De outro modo (como se passou no caso *Baby M*), o contrato de gestação não consubstanciaria mais do que uma simples promessa de atribuição das responsabilidades parentais aos comitentes. Insuscetível de execução forçada, pois a isso se oporia “a natureza da obrigação assumida” (artigo 830.º, n.º 1, *in fine*, Cód.Civil). É impeditiva da instituição de tais responsabilidades, em relação a eles, a não ser mediante adoção.

Se o direito ao aborto é estritamente pessoal, então ninguém, por conta ou em nome da gestante, pode decidir por ela, nem ninguém se pode opor ao seu exercício⁷⁴. Em contrapartida, é igualmente verdade que não se levando a gestação de

⁷¹ Há notícia de, especialmente nos EUA, os contratos de *surrogacy* conterem cláusulas que impedem a gestante de realizar interrupção da gravidez sem o devido assentimento dos *commissioning parents*. Entre nós elas não de ter-se por nulas, nos termos do disposto no artigo 294.º do Cód.Civil, por força do que se preceitua no n.º 11 do artigo 8.º da LPMA.

⁷² Cf. as razões em José González, *Wrongful birth, wrongful life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, *Quid Juris*, Lisboa, 2014, págs. 95 a 123.

⁷³ Ao prescrever que a gestante “renuncia” aos poderes e deveres próprios da maternidade (artigo 8.º, n.º 1, LPMA), dá-se a entender que algures em tempo anterior ela os obteve e deles foi titular. Tratar-se-á, contudo, de uma deficiência técnica. Não só porque contraria o disposto no artigo 1878.º, n.º 1, do Cód.Civil, como, sobretudo, porque a finalidade que move as partes é incompatível com tal interpretação. Do ponto de vista jurídico, a gestante jamais é mãe.

⁷⁴ “Mais complicada será a questão de saber se os progenitores beneficiários poderão requerer que a portadora aborte, por qualquer motivo – malformação do feto, incumprimento de cuidados e conduta acordados adotar durante a gravidez pela mãe portadora ou até mero arrependimento. No entanto, considerado o regime legal da interrupção voluntária da gravidez lícita, acima analisado, a resposta não pode deixar de ser a mesma: também aqui, é a portadora quem decide, em última instância, o que fazer com o seu corpo, e pode não querer sujeitar-se a um procedimento tão sério como este, ou até recusar-se por objeção de consciência” (Marta Costa – Catarina Saraiva Lima, *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, *Lusiada – Revista de Direito*,

substituição até ao seu termo normal, o contrato em que assenta a respetiva execução ter-se-á por não cumprido⁷⁵. Caberá recorrer então às regras normais.

Será preciso determinar antes de mais, contudo, se o inadimplemento é ou não imputável à gestante. Não se vislumbrando impedimento à entrada em funcionamento do leque de presunções contido no n.º 1 do artigo 799.º do Cód.Civil⁷⁶, dever-se-á tirar ilação no primeiro sentido sempre que o nascimento não se produza devido a interrupção da gravidez. (i) Pertencerá então à gestante de substituição proceder, eventualmente, à demonstração de que ela se deu no âmbito de alguma das situações previstas entre as alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 142.º do Cód.Penal. (ii) Ao contrário, sendo ela “realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez” [alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Cód. Penal], o não cumprimento do contrato de gestação ser-lhe-á atribuído.

Põe-se, de seguida, a questão: haverá responsabilidade da sua parte pela inexecução da principal obrigação assumida e pelas despesas a que inutilmente tenha dado causa?

Na hipótese (i), a conduta da gestante nem é ilícita nem culposa. Não se constituirá contra ela, portanto, a competente obrigação de indemnizar.

A hipótese (ii) integra-se no âmbito do artigo 81.º do Cód.Civil. Estando-lhe permitido romper o contrato – porque tal resulta do exercício de um direito que a lei lhe confere –, não pode o comportamento em que ele se verte engendrar responsabilidade contratual.

Com efeito, de harmonia com a máxima *volenti non fit iniuria*, admite-se que, em geral, o titular de algum direito de personalidade – no caso, o de senhorio sobre o corpo – possa dar consentimento a que uma conduta alheia suscetível de o atingir, efetivamente sobrevenha, legitimando assim, através da autolimitação permitida, o comportamento de quem produzir uma intromissão na sua esfera jurídica.

O assentimento para a utilização do corpo tendo em vista a gestação resulta de um contrato celebrado entre quem a autoriza e quem dela se aproveita. Como qualquer contrato, sujeita-se à regra *pacta sunt servanda*. De onde decorre que os beneficiários da gestação têm o direito de exigir que a gestante suporte os efeitos jurídicos e factuais associados à sua execução. Por estar em causa matéria dotada de importância transcendente, abre-se, contudo, uma importante exceção à regra contida no n.º 1 do artigo 406.º do Cód.Civil: o consentimento da gestante é (tacetamente) revogável mediante, no caso, a realização da interrupção voluntária da gravidez, quando legalmente admitida.

Sucede, porém, nos termos do mencionado artigo 81.º do Cód.Civil, que aque-

n.º 10, 2012, pág. 271).

⁷⁵ “Unquestionably, abortion by the surrogate would result in a breach of the surrogacy contract to which she is a party. Although the surrogate has the right to obtain one, to do so would contravene the terms of the contract. The court would have to choose between specifically enforcing the contract before the abortion is performed or granting monetary damages” (Denise E. Lascarides, *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, Hofstra Law Review, vol. 25, issue 4, 1997, pág. 1252).

⁷⁶ José González, *Direito da Responsabilidade Civil*, Quid Juris, Lisboa, 2017, págs. 259/260.

le que revogar a permissão anteriormente conferida fica obrigado a “indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. Qualquer que seja a melhor interpretação a dar a este segmento normativo, uma coisa é certa: não pode o montante da indemnização em causa ser tão alto que, na prática, inviabilize o exercício do direito de livre revogação. É de excluir de imediato, por isso, a possibilidade de a referida compensação poder abranger tanto os danos emergentes como os lucros cessantes (tal qual sucederia como se em causa estivesse uma pura obrigação de indemnizar nos termos gerais do n.º 1 do artigo 564.º do Cód.Civil). Pelo que, rematando, admitindo-se a justeza do direito à atribuição da compensação em causa, impõe-se que esta apenas se destine a cobrir as despesas que a “outra parte” não teria feito se o consentimento jamais tivesse sido outorgado. Quer isto dizer, no fundo, que será por conta dos beneficiários da gestação de substituição que deve correr o risco de a gestante o revogar quando, licitamente, decida abortar. O que representa uma solução razoável tendo em conta que são eles quem daí extrai vantagens que, em princípio, de outro modo lhe estariam liminarmente vedadas.

Outra espécie de revogação unilateral arbitrária de que a gestante pretenda fazer uso é inconcebível. Tudo o que não passe pela eliminação do feto não faz cessar a limitação ao direito de domínio sobre o corpo de que a gestante é titular e na qual consentiu.

§ 11. *Alcance da responsabilidade por aborto ilícito.* Quando, ao invés, a interrupção da gravidez ocorra fora das condições legais, o crime de aborto (artigo 140.º, Cód.Penal) originará responsabilidade contratual nas condições gerais dos artigos 798.º a 801.º do Cód.Civil. O arrependimento da gestante não pode manifestar-se legitimamente através da prática de ato ilícito.

Nesta hipótese, a questão que, de seguida, se põe é a relativa ao modo de cálculo da indemnização devida. Será legítimo perguntar se ela se funda na violação do interesse positivo ou antes na infração do interesse negativo?

Os danos sofridos serão fundamentalmente de ordem pessoal. Os de carácter patrimonial apenas poderão eventualmente consistir nas “despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes” (artigo 8.º, n.º 5, LPMA) que, entretanto, acabem por se mostrar realizadas em vão. Para os danos pessoais, a distinção entre danos de cumprimento e danos de celebração afigura-se carecer de sentido. Se no “gestational surrogacy arrangement, the injured couple would have received a baby had the surrogate performed as agreed”⁷⁷, o problema que, sobretudo, importa dilucidar, para efeitos de responsabilidade contratual, é como estimar, em termos quantitativos, os danos causados aos direitos à maternidade/paternidade pela atuação da gestante cuja conduta os faça malograr. Quanto vale ser mãe ou pai e, portanto, quanto se perde pela respetiva *loss of chance*? A dificuldade é óbvia, mas nela não reside

⁷⁷ Denise E. Lascarides, *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, Hofstra Law Review, vol. 25, issue 4, 1997, pág. 1253.

um obstáculo inultrapassável. Caso contrário, todos os demais danos pessoais seriam igualmente incapazes de gerar a obrigação de ressarcimento. O que a gestante inadimplente deve compensar há de ser então: (i) a frustração dos direitos a ser mãe ou pai; (ii) assim como o sofrimento moral causado aos beneficiários da gestação pela violação desses seus direitos. Não certamente, todavia, o valor pecuniário equivalente à prestação inexecutada.

A indemnização por danos pessoais resultantes de incumprimento contratual concede-se, quando estes, “pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito” (artigo 496.º, n.º 1, Cód.Civil). Mas, pergunta-se, independentemente de o contrato ser resolvido – ou, em geral, liquidado – pelo credor (ou seja, pelos beneficiários da gestação)? É que do confronto entre o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 801.º do Cód.Civil extrai-se a alternativa, dela resultando, depois, a diferente finalidade que a indemnização cumpre numa e na outra hipótese. Na jurisprudência, parece tratar-se de questão irrelevante para o efeito⁷⁸. E acertadamente, dado que os danos pessoais emergentes do inadimplemento não variam, em geral, em função da extinção ou da manutenção do vínculo.

Uma vez que a prestação se revela impossível, ou (em atenção ao interesse do credor) como tal é tratada, o exercício do direito de resolução do contrato não é imprescindível, de resto, para produzir a aniquilação da obrigação tornada definitivamente inexequível. Este efeito encontra-se verificado desde que tal sucesso se dá⁷⁹. Resolver serve antes (nos contratos sinalagmáticos) para, em conformidade, o credor, ao fazer cessar o vínculo, declarar optar pela indemnização do dano negativo (artigo 801.º, n.º 2, Cód.Civil). E para, cumulativamente, se eximir das obrigações que dele se extraíam contra si. Ao invés, não resolvendo, opta implicitamente pela indemnização do dano positivo (artigo 801.º, n.º 1, Cód.Civil), mantendo o vínculo e as consequentes obrigações daí provenientes (salvo a extinta por impossibilidade)⁸⁰.

No caso do contrato de gestação, ao não ter carácter sinalagmático, a mesma exata conclusão tira-se até por maioria de razão. A obrigação principal dele emer-

⁷⁸ Cf. *v.g.* os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 30/09/2004, Revista n.º 2411/04, de 23/11/2004, Revista n.º 3474/04, de 10/02/2005, Revista n.º 4512/04, 08/06/2006, Revista n.º 1450/06, de 23/10/2007, Revista n.º 3034/07, de 22/01/2008, Revista n.º 4154/07, de 17/04/2008, Revista n.º 951/08, de 12/03/2009, Revista n.º 4071/08, de 28/04/2009, Revista n.º 2436/08, de 13/07/2010, Revista n.º 60/2010.6YFLSB, de 16/09/2010, Revista n.º 2714/05.OTBPVZ.P1.S1.

⁷⁹ Cf. José González, *Direito da Responsabilidade Civil, Quid Juris*, Lisboa, 2017, págs. 149 a 152.

⁸⁰ Não é impensável, até por a letra do artigo 801.º do Cód.Civil ser largamente inconclusiva, que a indemnização pelo interesse positivo se cumule com a resolução do contrato. O obstáculo a tal pretensão colocado pela atribuição de eficácia retroativa ao exercício do poder de resolução contrariando, neste caso, “a finalidade da resolução” (artigo 434.º, n.º 1, Cód.Civil), dever-se-ia considerar insubsistente. É, contudo, indesmentível que, sucedendo a liquidação do contrato, o credor (tendo aquele carácter sinalagmático) há de ficar desobrigado da contraprestação. Neste contexto, aliás, só pode ser esse o seu propósito. Convir-lhe-á então que o devedor incorra em incumprimento definitivo (dado que recebe indemnização como se a execução da obrigação tivesse ocorrido, mas sem contrapartida)? Ante esta suposta incongruência poderá contestar-se que, nestas circunstâncias, cabe descontar o valor da contraprestação (nos termos da chamada teoria da diferença) no montante da compensação devida? Ainda assim, resta a questão: e isso a que título (ou seja: de onde se pode deduzir semelhante solução)?

gente deve considerar-se extinta por impossibilidade superveniente definitiva e total de prestação nos termos do artigo 790.º do Cód.Civil quando a gestante aborte sem justificação. É verdade que este preceito supõe que a referida impossibilidade não seja imputável ao devedor. Ele dá corpo, porém, a um princípio geral, a que se há de acudir qualquer que seja a razão que conduz ao incumprimento definitivo. O disposto no artigo 801.º, n.º 1, do mesmo diploma – aplicável quando, ao invés, aquela se assaque a uma conduta do devedor – supõe que a indemnização devida pelo não cumprimento culposamente se sub-roga, em contrapartida, no lugar da prestação a que o devedor se encontrava originalmente adstrito. Ora, que bem há de considerar-se suscetível de ingressar no lugar da criança cujo nascimento se tornou inviável? Dado que nada pode obviamente substituir-se, resta concluir que a obrigação emergente do contrato de gestação contra a *surrogate* se considera extinta por impossibilidade definitiva de cumprimento no exato instante em o aborto ilícito sobrevenha. Sem possibilidade de os beneficiários da gestação obterem indemnização sucedânea. Mas também sem prejuízo da atribuição de compensação, ao próprio nascituro, pela perda da vida. O não nascimento de ser viável equiparar-se à sua morte. E se esta, quando ilícita e culposamente causada por outrem, gera um dano ressarcível, não se vê razão que impeça a adoção de solução similar, em contexto paralelo, em favor do ser concebido, mas não nascido.

§ 12. *Contrato de surrogacy e wrongful birth*. Se o nascimento ocorrer como esperado, mas a criança apresentar deficiência, diversas hipóteses se podem pôr.

Uma coisa, contudo, é antecipadamente certa. Como as responsabilidades parentais se encontram instituídas, desde a conceção, sobre os beneficiários da gestação, a respetiva recusa de assunção, com fundamento *v.g.* em cumprimento defeituoso ou imperfeito, é problema que não se conjetura. É por isso que a pretensão de ressarcimento desponta como modo de obter compensação pelos danos morais por eles, entretanto, sofridos.

Um problema de *wrongful birth*, no seu mais estrito sentido, supõe a seguinte conjuntura.

Que a gestante tenha encetado o processo caracteristicamente conducente ao atendimento pré-natal. Que se haja dirigido ao seu médico para fazer diversos *check-ups*. Que este tenha monitorizado a gravidez e continuado a orientá-la em cada etapa. E que durante o procedimento, o risco de o feto nascer com deficiências congénitas se haja tornado verosímil ou evidente. Que o médico que a assiste tenha agido com escassa diligência, emblematicamente por causa de uma falha no diagnóstico pré-natal ou pré-concepcional (emitindo o tecnicamente denominado «falso negativo»), seja deixando de prescrever o percurso apropriado a tomar, seja preceituando um método inadequado para o efeito, seja simplesmente não alertando a mãe acerca dos riscos inerentes à situação em que concretamente se encontra. E que, finalmente, a mulher haja dado à luz uma criança com certo tipo de deformidade, defeito ou incapacidade suscetível de embarçar fortemente o desenvolvimento de uma vida normal e autossuficiente.

Uma *wrongful birth action* será, portanto, intentada pela mãe e/ou pelo pai em seu próprio nome. Nela, os progenitores alegam essencialmente terem perdido o direito de tomar uma decisão informada sobre a manutenção da gravidez relativa a um filho marcado por defeitos congénitos, eventualmente capazes até de provocar a sua morte à nascença (v.g. hérnia diafragmática congénita). Por outras palavras, argumentam que caso lhes tivesse sido propiciado o devido conhecimento, e não fora a falta de diligência médica, a mãe teria muito provavelmente decidido realizar aborto eugénico. Em todo o caso, tendo, porém, ocorrido o nascimento de pessoa com deformidades, pretendem agora ser compensados por se ter tornado necessário criar uma criança deficiente, mas, sobretudo, pelo sofrimento moral que suportar a sua existência lhes causa. Nisto se cifra o respetivo dano. Na linguagem própria da responsabilidade civil, os lesados serão, assim, os próprios pais e o direito infringido será o de ter filhos (ou, portanto, o de não os ter) sãos e saudáveis⁸¹.

Levando em conta o disposto no n.º 11 do artigo 8.º da LPMA, onde se prescreve que através do contrato de gestação não está permitido impor limitações à liberdade da gestante, é de excluir, liminarmente, o valor e a consequente eficácia de qualquer cláusula contratual que conceda aos beneficiários da gestação o poder de, nestas ou em outras circunstâncias, exigir a realização de aborto. O direito de o realizar (nos casos do artigo 142.º do Cód.Penal) apenas se confere (*intuitu personae*) à gestante. Qualquer estipulação em sentido contrário há de ser havida como nula nos termos do artigo 280.º do Cód.Civil.

Por isso se pergunta: no âmbito da gestação de substituição, quem será a mulher que em eventual *wrongful birth* poderá fundar uma pretensão indemnizatória? A gestante ou a mãe comitente? Salvo que alguma particularidade do caso concreto justifique diversa solução, são os pais jurídicos as pessoas que padecerão com o nascimento *errado*. Com efeito, o filho é deles. São os respetivos direitos à maternidade e paternidade – na referida vertente de ter filhos sãos e saudáveis – que a conduta dos médicos que hajam atuado com quebra dos seus deveres de diligência põe em causa. É sobretudo sobre eles que o sofrimento provocado pela deficiência do filho se repercute e é unicamente sobre si que incidirão os correspondentes encargos extraordinários com seu o sustento, bem-estar, educação, saúde, etc. A solução parece encontrar, portanto, justificação suficientemente incontroversa.

§ 13. *Wrongful birth imputável à gestante*. Havendo gestação de substituição, o *wrongful birth* é suscetível de assentar numa conduta imputável à própria gestante. Ultrapassagem dos limites de atuação naturalmente instituídos por força do seu próprio estado (v.g. proibições de consumo de álcool ou tabaco ou de desenvolvimento de atividades perigosas ou fisicamente muito exigentes) constituirão a

⁸¹ À primeira vista, afirmar a concessão de tal direito afigurar-se-á perturbante ou despropositada. Mas, a partir do instante em que se considera legítima a interrupção voluntária da gravidez havendo “seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez” [artigo 142.º, n.º 1, alínea c), Cód.Penal], a necessidade do seu reconhecimento impõe-se.

hipótese central. Violação de disposições contratuais igualmente erigidas para proteção do nascituro, sempre que admissíveis, darão origem a outra.

Ainda que o comportamento da gestante represente incumprimento contratual, os pais jurídicos não poderão recusar receber a criança em caso algum. Não é admissível que ela fique sem os titulares dos competentes poderes parentais individualizados. Mas, como a gestante se limita a oferecer o suporte para a criação, e é inaceitável idear alguma espécie de transferência de responsabilidades parentais dela para os comitentes, apenas resta entender que a estes elas necessariamente se encontram atribuídas, desde a concepção. Justamente por isso se coloca a questão da responsabilização da gestante por danos causados aos pais jurídicos quando a criança padeça de imperfeição imputável à respetiva conduta. A única diferença assinalável que esta situação apresenta diante da hipótese central de *wrongful birth* antes descrita é que ela configura forçosamente um caso de responsabilidade contratual. O que, entre outras coisas, significa que, ante a deficiência, se presume a sua imputabilidade a uma conduta da gestante (artigo 799.º, n.º 1, Cód.Civil). Provados os demais requisitos, a gestante responderá, pelo menos, pelos danos morais causados aos pais jurídicos.

§ 14. *Recusa de exercício do direito ao aborto e wrongful birth*. Pode colocar-se hipótese inversa às anteriores. Ante a existência de “seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita” [artigo 142.º, n.º 1, alínea c), Cód.Penal], a gestante prefere, ainda assim (por razões éticas, morais, religiosas), manter a gravidez e conduzi-la até ao seu termo normal.

Se, nestas circunstâncias, é no seu interesse que a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez se encontra concedida, cabe concluir não poder ser ela compelida à sua realização. Trata-se de um direito que pessoalmente se lhe reconhece. Isso, contudo, afeta o direito à maternidade/paternidade dos beneficiários da gestação na referida vertente de ter filhos são e saudáveis.

Afigura-se, no entanto, que se trata de um risco com o qual lhes pertence arcar e que, por isso, corre por sua conta. Por comparação, quando a deficiência não for percebida antes do nascimento também não podem contrariar a aquisição das responsabilidades parentais. A presente hipótese deve considerar-se equivalente. Até porque se lhes fosse permitido recusar assumi-las, a quem deveriam ser elas impostas? A alguém que apenas prestou um serviço?

Resolvida esta questão prévia, dificuldade diferente é posta pelo eventual reconhecimento aos beneficiários da gestação de um direito a obter compensação – por danos morais e patrimoniais – contra a gestante. Designadamente, pelo menos, se eles, neste contexto, se opuseram à manutenção da gravidez.

O problema é, para todos os efeitos, de *wrongful birth*. Para os que adquirem as responsabilidades parentais, a recusa da gestante em proceder ao aborto eugénico equivale a ele não se poder recorrer em tempo útil – que é a hipótese central de nascimento indevido. O que antes se disse para aquele efeito, aproveita-se

agora, portanto, *mutatis mutandis*.

§ 15. *Arrependimento dos comitentes*. Supondo, inversamente, que, durante a gravidez ou logo após o nascimento, os comitentes se arrependem e decidem recuar no seu propósito, que consequências daí advirão?

Retomando o ponto anterior, certo é que a titularidade das responsabilidades parentais se encontra definida desde a data da concepção e, mais importante, são indisponíveis. Elas pertencem, desde aí, aos beneficiários da gestação. Pelo que, portanto, tal reconsideração jamais poderá pôr em causa a respetiva imposição. Relevará apenas para determinar o eventual incumprimento de obrigações contratualmente assumidas ante a gestante, com a consequente responsabilização nos termos gerais.

O mesmo se diga para a hipótese em que, por acordo entre gestante e beneficiários da gestação, se intente pretensamente pôr termo ao contrato de gestação após a implantação do embrião. Outra vez, as responsabilidades parentais encontram-se atribuídas, desde a concepção, aos segundos. E, de novo, sendo situações jurídicas indisponíveis, são também inegociáveis. Por isso, qualquer distrate posterior considerar-se-á ineficaz, ao menos no que toca ao essencial: a determinação dos titulares das responsabilidades parentais.

§ 16. *Morte ou divórcio dos comitentes*. E quando se der o caso de os beneficiários da gestação morrerem ou se divorciarem antes de o nascimento ocorrer?

Será necessário distinguir, pelo menos, duas hipóteses.

Primeiro, o caso em que o evento haja sucedido antes de a inseminação se ter produzido. Tratando-se de morte, e pressupondo que ela se verifica para ambos os beneficiários da gestação, o contrato tornar-se-á ineficaz. Caso contrário, ao outro caberá a respetiva maternidade ou paternidade, a menos que do contrato caiba tirar diferente ilação. À mesma afirmação de ineficácia se chegará em caso de divórcio, por se dever presumir que a maternidade e a paternidade fazem parte do projeto de vida em comum a que a manutenção do casamento dá corpo. A sua dissolução legítima esta conclusão, a menos que o contrato de gestação regule e solucione diferentemente a ocorrência. Num caso ou no outro, supõe-se que lei permite a celebração do contrato de *surrogacy*, do lado do beneficiário, por um único comitente. O que não se mostra, como adiante se verá, uma solução pacífica.

Se, segundo, a morte ou o divórcio dos beneficiários da gestação se dão já no decurso da gravidez, o problema não se coloca de igual modo uma vez que a filiação (e as consequentes responsabilidades parentais) se encontra já estabelecida desde a data da concepção. Pelo que, por isso, ela extingui-se-á em relação àquele dos progenitores que falecer e manter-se-á quanto ao outro. E, quanto ao divórcio⁸², como em qualquer outra situação do género, ela conservar-se-á igualmente

⁸² Cf., por exemplo, o caso conhecido como do *Baby Manji* (ver v.g. Seema Mohapatra, *Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy*, Berkeley Journal of International Law, vol. 30:2, 2012, págs. 417 a 420).

para ambos, ainda que haja necessidade de, ao menos a partir do nascimento, se regular o exercício das respetivas responsabilidades.

§ 17. *Contrato de surrogacy: alteração superveniente das circunstâncias*. Será conjeturável a hipótese de a gestante ou de os beneficiários da gestação alegarem alteração superveniente das circunstâncias para se eximirem do respetivo cumprimento⁸³?

A aplicação da regra *pacta sunt servanda* subentende a manutenção do estado de facto inerente à celebração do contrato (*omne pactum, omnis promissio, rebus sic stantibus, intelligenda est*). Este deve ser cumprido, portanto, desde que e enquanto “as coisas se mantiverem”.

Em conformidade, o poder de promover a extinção ou a modificação objetiva do contrato desencadeada pela chamada alteração superveniente das circunstâncias que rodearam a sua celebração, pressupõe que aquelas que hajam fundado a decisão de contratar (para ambas as partes ou apenas para uma):

- tenham sofrido uma alteração insuscetível de antecipação;
- não se esteja perante um risco ligado à própria natureza do ato em causa;
- o lesado não se encontre em mora (cf. artigo 438.º, Cód.Civil);
- a manutenção do clausulado anteriormente estabelecido acarrete violação manifesta do princípio da equivalência.

Dada a configuração da hipótese, a alegação da alteração prejudicial inesperada só pode dar-se em contratos cuja execução esteja em curso no instante em que ela ocorre – o que significa que, regra geral, abrangerá contratos de execução continuada ou periódica ou com prestação instantânea fracionada.

A possibilidade de resolver o contrato com este fundamento está concebida, em princípio, para os contratos comutativos. Os aleatórios somente se poderão extinguir ou modificar por esta via quando a mutação superveniente do contexto que envolveu a sua celebração não faça parte dos riscos que lhe estão inerentes. Em todo o caso, é sobretudo a pensar em contratos onerosos que a previsão se institui.

A interrogação que, de seguida, se levanta é, portanto, esta: terá o contrato de *surrogacy* carácter oneroso?

Segundo a lei, a resposta é forçosamente negativa (artigo 8.º, n.º 2, LPMA).

A questão posta não é, porém, solucionável com esta aparente facilidade. É verdade que se proíbe a retribuição pelo serviço prestado pela gestante de subs-

⁸³ “The problem of changed circumstances, which occurs when extreme unseen circumstances not in the control of the contracting parties come into play following the contract’s execution, and in some cases, causes a withdrawal of their contractual obligations... becomes even more complicated when dealing with contracts that govern intimate issues such as surrogacy contracts, where the cognitive ability to foresee upcoming scenarios is even more limited” (Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, William & Mary Journal of Women and the Law, vol. 20:2, 2014, págs. 436/437).

tituição (*commercial surrogacy*). Mas os beneficiários da gestação devem à gestante “o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes” (artigo 8.º, n.º 5, LPMA). Razão pela qual o contrato para a gestação de substituição não pode ser tido como genuinamente gratuito⁸⁴. Sem ser oneroso, tão-pouco é gratuito puro, na medida em que os seus beneficiários se obrigam a contrapartidas, ainda que indiretas, pela prestação a que a gestante se vincula.

Haverá obstáculos à extensão do regime contido no artigo 437.º do Cód. Civil aos contratos gratuitos? Não sendo a pensar neles que o instituto foi fundamentalmente concebido, também é verdade que não se vislumbram impedimentos ao seu prolongamento⁸⁵. Para o efeito importa, sobretudo, “que a equação económica do negócio, tal como foi querida pelas partes, seja quebrada. (...)”

Assim, uma permissão gratuita de uso de um imóvel pode ser revista ou resolvida se circunstâncias extraordinárias tornaram excessivamente onerosa para o concedente a manutenção da situação.

A equação económica deve ser posta a salvo. Se circunstâncias extraordinárias a desfigurarem, o instituto funciona, quer o contrato seja oneroso quer seja gratuito⁸⁶.

As razões capazes de justificar a resolução do contrato de gestação por alteração superveniente das circunstâncias não podem, todavia, assentar em motivos de ordem psicológica ou afetiva⁸⁷ (*v.g.* arrependimento da gestante, após a inseminação, por razões sentimentais). Não é para isso que o preceito contido no artigo 437.º do Cód. Civil está ideado. Ao invés, já se poderá considerar a hipótese em que, devido *v.g.* a forte depreciação monetária, “o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes” não satisfaça minimamente as necessidades da gestante e do feto. Caso em que se tornará possível a resolução ou, no mínimo, a modificação do con-

⁸⁴ “Construída como dicotómica, a classificação dos negócios jurídicos em gratuitos e onerosos é francamente defeituosa, porque dificulta a conceção dos contratos que não sejam puramente gratuitos nem puramente onerosos. (...) A gratuidade e a onerosidade não são qualidades impermeáveis, são dois polos numa série infinitamente graduável, na qual se inserem negócios mais ou menos gratuitos, ..., e mais ou menos onerosos.

A distinção mantém, todavia, a sua utilidade, desde que entendida de modo polar, admitindo entre um polo, onde se situará a gratuidade pura, e outro polo, constituído pela onerosidade perfeita, uma série de situações intermédias, mais ou menos gratuitas ou mais ou menos onerosas” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 395/396).

⁸⁵ Admitindo implicitamente a ampliação do regime da alteração superveniente das circunstâncias estabelecido pelo artigo 437.º do Cód. Civil ao contrato de doação – ainda que, nos casos decididos, para afirmar o não preenchimento dos respetivos pressupostos –, cf. *v.g.* os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça n.ºs 05B1723, de 22/09/2005, e 5097/05.4TVLSB.L1.S1, de 12/03/2013, e também o acórdão da Relação de Guimarães n.º 109/07.0TBPCR.G1, de 22/03/2011.

⁸⁶ Oliveira Ascensão, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, R. CEJ, Brasília, n.º 25, abr./jun. 2004, pág. 62. No mesmo exato sentido, Carvalho Fernandes, *A teoria da imprevisão no Direito Civil Português, Quid Juris*, Lisboa, 2001, págs. 118/119.

⁸⁷ “A mere change of heart should not exempt the surrogate mother from fulfilling her contractual obligations” (Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perceptive*, William & Mary Journal of Women and the Law, vol. 20:2, 2014, pág. 451).

trato, fundadas no disposto no artigo 437.º do Cód.Civil e assentes na violação do princípio da equivalência. Por comparação, o resultado é, porém, quase caricato. Sinal não só de que o preceituado no referido artigo não foi arquitetado para lidar com a magnitude dos efeitos associados ao contrato de *surrogacy*, como, sobretudo, que é total a desconsideração pela ligação emocional entre a gestante e o ser gerado.

§ 18. *Beneficiários do contrato de surrogacy*. Determinando-se que “a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas” – células sexuais – “de, pelo menos, um dos respetivos *beneficiários*” (artigo 8.º, n.º 3, LPMA), dá-se a entender que seu o número há de ser plural e que, portanto, ela se deve dar em favor de um casal. Não se exige que entre os seus membros preexista o vínculo do casamento, nem que sejam de distinto sexo. O casal homossexual masculino não poderá, no entanto, acudir ao expediente na medida em que é “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher” (artigo 8.º, n.º 2, LPMA)⁸⁸ que reside o pressuposto principal para a gestação de substituição⁸⁹. Todavia, por outro lado, como a gestação de substituição surge legalmente configurada como um prolongamento da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida (artigo 5.º, n.º 1, LPMA) e como a elas podem recorrer “todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual” (artigo 6.º, n.º 1, LPMA), afigura-se que a única ilação sensata será no sentido de entender que da gestação de substituição também pode valer-se uma mulher só (embora não um homem sozinho)⁹⁰.

Resta saber como:

- i) se preencherá a fórmula restante – “ou em situações clínicas que o justifiquem”^{91 92} – igualmente suscetível de lhe facultar o acesso;

⁸⁸ Este condicionamento induz uma conclusão que suscita interrogações em matéria de igualdade de género: um homem fértil, a título de membro do casal beneficiário, pode acudir a uma gestação de substituição, mas não uma mulher fértil.

⁸⁹ “Despite this clever drafting device, it is clear that the infertile wife is the «sine qua non» of the transaction; the studied omission in the contract of her intended role is, as one commentator has noted, «an obvious subterfuge» that most courts should discern and repudiate” (Shari O’Brien, *Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy*, 65 North Carolina Law Review, vol. 65, 1986, pág. 148).

⁹⁰ Entende o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, contudo, que “para efeitos da possibilidade de celebração de contratos de gestação de substituição, apenas podem ser considerados como beneficiários os casais heterossexuais ou os casais formados por duas mulheres, respetivamente, casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges” (Deliberação n.º 20-II/2017 de 20 de outubro).

⁹¹ Na prática clínica britânica, os demais casos (indicações) que habitualmente justificam o recurso à *surrogacy* são, em relação à *intended mother*, o aborto espontâneo recorrente, o inexplicável insucesso reiterado da fertilização *in vitro* ou, por fim, a existência de graves doenças cardíacas ou renais capazes de, caso engravide, comprometer seriamente a sua vida (cf. v.g. Peter R. Brinsden, *Gestational Surrogacy*, Human Reproduction Update, vol. 9, n.º 5, European Society of Human Reproduction and Embryology, 2003, pág. 484).

⁹² A indeterminação desta fórmula será capaz de suscitar sérias dificuldades na definição dos tipos penais instituídos pelos n.ºs 3 e 4 do artigo 39.º da LPMA. Cf. Margarida Silva Pereira, *Uma*

- ii) se determinará – tendo em conta que a “decision to go abroad for these reproductive services often is triggered by substantive differences in national laws”⁹³ – o tratamento a dar àquelas hipóteses em que nacionais portugueses hajam recorrido à gestação de substituição ao abrigo de ordens jurídicas estrangeiras comparativamente mais permissivas.

§ 19. *Contrato de surrogacy: direito internacional privado.* Quanto a este último ponto vigora a regra geral contida no preceito do artigo 56.º, n.º 1, do Cód.Civil: “à constituição da filiação é aplicável a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação”. Literalmente, portanto, remete-se para a lei portuguesa quando os beneficiários da gestação de substituição sejam nacionais de Portugal e, conseqüentemente, para as condições da sua admissibilidade definidas para o efeito pelo artigo 8.º da LPMA. E se, contudo, eles houverem recorrido à gestação de substituição no âmbito de lei estrangeira mais condescendente?

No caso *Paradiso and Campanelli vs Italy* submetido ao julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Application n.º 25358/12, 27 January 2015) – em virtude de os primeiros⁹⁴ entenderem que “the refusal to enter the particulars of the child’s birth certificate in the Italian register of births, marriages and deaths, and the underage child’s removal, were incompatible with Article 8 of the Convention” – a decisão tirou-se no sentido de o comportamento do Estado italiano constituir uma “violation of Article 8 of the Convention”. Razão pela qual este foi condenado a pagar aos “applicants jointly, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts: (i) EUR 20,000 (twenty thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage; (ii) EUR 10,000 (ten thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses”.

Encarando a questão pelo ponto de vista do registo civil, embora ainda no domínio da anterior redação do preceito contido no artigo 8.º, n.º 1, da LPMA (segundo a qual eram “nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição”), o Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado, em parecer datado de 23/03/2012 (P.º C.C. 96/2010 SJC), perfilhou o entendimento segundo o qual “5. Na ordem jurídica nacional não é reconhecida eficácia ao contrato de maternidade de substituição outorgado em país que o admita (art.ºs

gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição, Julgar – Online, janeiro de 2017, págs. 15 a 19.

⁹³ Kristiana Brugger, *International Law in the Gestational Surrogacy Debate*, Fordham International Law Journal, vol. 35:3, 2012, pág. 668.

⁹⁴ Que haviam recorrido à “gestational surrogacy in order to become parents” e que, para tal fim, haviam contactado “a Moscow-based clinic which specialised in assisted reproduction technology. (...) Após “a successful in vitro fertilisation on 19 May 2010, two embryos «belonging to them» were implanted in the womb of a surrogate mother on 19 June 2010. (...) The baby was born on 27 February 2011. The surrogate mother gave her written consent to the child being registered as the applicants’ son”.

41.º, 42.º e 22.º do Código Civil). (...) 7. Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira, para que remetam as normas de conflitos, se envolverem ofensa dos princípios de ordem pública internacional do Estado português (art.º 22.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil)”.

Neste último ponto reside, com efeito, o fulcro da questão. Mesmo sendo agora legalmente admitida, no ordenamento jurídico nacional, a gravidez de substituição desde que alicerçada em negócio gratuito, o problema, ante o contrato oneroso de *surrogacy*, põe-se tal qual antes se punha. Quando, provando-se a onerosidade, um nacional português a ele haja recorrido para obter uma *surrogate mother*, a realização, nos moldes pretendidos, do competente assento de nascimento haverá de recusar-se com fundamento na ofensa dos princípios de ordem pública internacional do Estado português?

A ordem pública internacional (aquela que aqui está em causa) é constituída, numa aproximação possível, por “leis rigorosamente imperativas que consagram interesses superiores locais e estão em divergência profunda com as leis estrangeiras a cuja aplicação servem de limite, por razões políticas, morais e económicas” (acórdão da Relação de Lisboa de 12/05/1993, Proc. n.º 0065561). Cifra-se num conjunto de vetores ou princípios fundamentais subjacentes ao sistema de Direito Privado, que a coletividade entende dever prevalecer sobre a autorregulamentação criada pelos respetivos sujeitos através de negócio jurídico. É certo que a longo prazo, ela revela um conteúdo variável em função do tempo e do espaço⁹⁵ e que, a cada instante, requer aferição. Oferece, no entanto, larga estabilidade. Ou é, no mínimo, menos suscetível de sofrer variações do que as simples regras legais.

Dada a história legislativa em matéria de negócios pessoalíssimos e, em especial, daqueles que se referem ao corpo, afigura-se relativamente seguro inferir que a ordem jurídica portuguesa condena claramente a *commercial surrogacy*. Provando-se ela, a inscrição do nascimento no registo civil – que não há de ficar impedida com este fundamento – não pode identificar os *commissioning parents* como progenitores⁹⁶. Por ofender uma regra fundamental: aquela segundo a qual os negócios sobre o corpo humano, ou partes dele, quando valham e vinculem, não

⁹⁵ “The perception of what is or is not in the public interest, namely public policy, changes with time.

There are two basic reasons why a court will not enforce a contract or a portion thereof which offends public policy. First, by refusing to enforce the contract, the court hopes to deter others from making similar agreements. Second, the court does not want to assist the promisee by permitting him or her to use the judicial system to enforce a contract that violates public policy” (Barbara L. Atwell, *Surrogacy and Adoption: A Case of Incompatibility*, Columbia Human Rights Law Review, vol. 20:1, 1988, pág. 8).

⁹⁶ Com óbvias repercussões em matéria de determinação da nacionalidade [artigo 1º, n.º 1, em especial alíneas a) e c), Lei n.º 37/81, de 3 de outubro]. Efetivamente, “the most serious issue is statelessness, which occurs when the intended parents’ domestic parentage and citizenship requirements are incompatible with the laws of the surrogate’s country. The child is not a citizen of the intended parents’ home country, because its laws prohibit surrogacy, nor is he a citizen in the surrogate’s country because parentage is genetically determined, and the surrogate mother is not genetically related to the child” (Caitlin Pyrcce, *Surrogacy and Citizenship: A Conjunctive Solution to a Global Problem*, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 23, págs. 933/934).

podem revestir caráter oneroso ⁹⁷. Por outro lado, contudo, ao menos tratando-se de *gestational surrogacy*, a inscrição da gestante como mãe não dá execução ao princípio da verdade biológica. Mas parece não restar solução alternativa. Na medida em que o material genético pertença aos beneficiários da gestação (artigo 8.º, n.º 3, LPMA), seria concebível autorizá-los, em ação de estado, a fazer prova posterior da filiação. Só que o obstáculo erguido pela ordem pública internacional subsistiria.

Tendo a *surrogacy* natureza gratuita, a questão que, então, a referida transcrição pode previsivelmente colocar é a relativa ao número e identidade dos beneficiários: quando estes sejam casal homossexual masculino ou homem singular, ela defrontará as proibições que, para este efeito, emergem do artigo 8.º da LPMA. É duvidoso, porém, que estas interdições devam considerar-se como capazes de integrar a ordem pública internacional do Estado português. Nem sequer é inquestionável, como se viu, que resultem da lei. Nem, por outro lado, estarão em rigorosa conformidade com a Constituição. A entender-se que resultam do articulado legal, carecem ainda, pelo menos, de uma justificação ante o disposto no seu artigo 13.º (princípio da igualdade ⁹⁸). Não ultrapassarão, por isso, o nível de mera disciplina legal, eminentemente mutável.

§ 20. *Contrato de surrogacy: impedimentos matrimoniais*. Em sede de impedimentos matrimoniais, a gestação de substituição suscita igualmente algumas interrogações.

A questão central é esta. Se o plenamente adotado integra a família do adotante e fica, para todos os efeitos, equiparado a filho natural – incluindo, portanto, no que tange à definição de impedimentos matrimoniais ante aquela [artigos 1602.º, alíneas a) a c), e 1604.º, alínea c), Cód.Civil] –, não há de regra similar vigorar (por maioria de razão) entre o filho próprio da gestante e aquele que ela gerou para outrem?

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

⁹⁷ V.g. artigo 5º, Lei n.º 12/93, de 22 de abril (Colheita e Transplante de Órgãos): “1 – A dádiva de órgãos, tecidos e células, para fins terapêuticos ou de transplante, não pode, em nenhuma circunstância, ser remunerada, sendo proibida a sua comercialização”; ou artigo 4.º, n.º 1, Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto: “1 – A dádiva de sangue é um ato cívico, voluntário, benévolo e não remunerado”.

⁹⁸ Com efeito, tratando-se de casal homossexual masculino, a gestação sem a *intermediação* de uma *surrogate* encontra-se igualmente impossibilitada por “ausência de útero” (artigo 8.º, n.º 2, LPMA).

Bibliografia.

Allen, Anita L. *Privacy, Surrogacy, and the Baby M Case*, The Georgetown Law Journal, vol. 76, 1988. – *Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life*, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 13, 1990.

Ascensão, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 67, vol. III, 2007. – *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, R. CEJ, Brasília, n.º 25, abr./jun. 2004.

Atwell, Barbara L. *Surrogacy and Adoption: A Case of Incompatibility*, Columbia Human Rights Law Review, vol. 20:1, 1988.

Beaumont, Paul. ver **Trimmings, Katarina – Beaumont, Paul**

Bernstein, Gaia. *Unintended Consequences: Prohibitions on Gamete Donor Anonymity and the Fragile Practice of Surrogacy*, Indiana Health Law Review, vol. 10:2, 2013.

Brandel, Abby. *Legislating Surrogacy: A Partial Answer to Feminist Criticism*, Maryland Law Review, vol. 54:2, 1995.

Brinsden, Peter R. *Gestational Surrogacy*, Human Reproduction Update, vol. 9, n.º 5, European Society of Human Reproduction and Embryology, 2003.

Brugger, Kristiana. *International Law in the Gestational Surrogacy Debate*, Fordham International Law Journal, vol. 35:3, 2012.

Carbone, June R. *The Role of Contract Principles in Determining the Validity of Surrogacy Contracts*, Santa Clara Law Review, vol. 28, n.º 3, 1988.

Cook, Rachel – Sclater, Shelley Day – Kaganas, Felicity. *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003.

Costa, Marta – Lima, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*, Lusíada – Revista de Direito, n.º 10, 2012.

Duarte, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.

Epstein, Richard A. *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, Virginia Law Review, vol. 81, 1995.

Ergas, Yasmine. *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, Emory International Law Review, vol. 27, 2013.

Feinberg, Joel. *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution*, The Notre Dame Law Review, vol. 58:3, 1983.

Fernandes, Luís Carvalho. *A teoria da imprevisão no Direito Civil Português*, Quid Juris, Lisboa, 2001.

González, José. *Wrongful birth, wrongful life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, Quid Juris, Lisboa, 2014. – *Direito da Responsabilidade Civil*, Quid Juris, Lisboa, 2017.

Gostin, Lawrence O. *Surrogacy from the Perspectives of Economic and Civil Liberties*, Journal of Contemporary Health Law and Policy, vol. 17:2, 2001.

Guimarães, Ana Paula. *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

Humbyrd, Casey. *Fair Trade International Surrogacy*, Developing World Bioethics, vol. 9, n.º 3, 2009.

Kaganas, Felicity. ver **Cook, Rachel – Sclater, Shelley Day – Kaganas, Felicity**

Krim, Todd M. *Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother*, Annals of Health Law, vol. 5, 1996.

Lascarides, Denise E. *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, Hofstra Law Review, vol. 25, issue 4, 1997.

Lima, Catarina Saraiva. ver **Costa, Marta – Lima, Catarina Saraiva**

London, Catherine. *Advancing a Surrogate-Focused Model of Gestational Surrogacy*

Contracts, Cardozo Journal of Law and Gender, vol. 18, 2012.

Macklin, Ruth. *What is wrong with commodification?*, in *New ways of making babies: the case of egg donation* (Cohen CB – editor), Indiana University Press, 1996.

Margalit, Yehezkel. *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, William & Mary Journal of Women and the Law, vol. 20:2, 2014.

Massie, Ann MacLean. *Restricting surrogacy to married couples: A constitutional problem? The married parent requirement in the Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*, Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 18, 1991.

McMahon, Brittnay M. *The science behind surrogacy: why New York should rethink its surrogacy contracts law*, Albany Law Journal of Science and Technology, vol. 21, 2011.

Mendes, João de Castro. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, revisto e atualizado, AAFDL, Lisboa, 1985.

Mohapatra, Seema. *Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy*, Berkeley Journal of International Law, vol. 30:2, 2012.

Morgan, Derek. *Enigma Variations: Surrogacy, Rights and Procreative Tourism*, in Rachel Cook – Shelley Day Sclater – Felicity Kaganas, *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003.

Morrissey, Joseph F. *Surrogacy: the process, the law, and the contracts*, Willamette Law Review, vol. 51, 2015.

Niekerk, Anton van – Zyl, Liezl van. *The ethics of surrogacy: women's reproductive labour*, Journal of Medical Ethics, 21, 1995.

O'Brien, Shari. *Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy*, 65 North Carolina Law Review, vol. 65, 1986.

Pande, Amrita. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2010, vol. 35, n.º 4.

Parfit, Derek. *Later Selves and Moral Principles*, Philosophy and Personal Relations, A. Montefiore ed., 1973.

Pereira, Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, Julgar – Online, janeiro de 2017.

Posner, Richard A. *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, Journal of Contemporary Health Law and Policy, vol. 5, 1989.

Pyrce, Caitlin. *Surrogacy and Citizenship: A Conjunctive Solution to a Global Problem*, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 23.

Raposo, Vera. *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 2017.

Rothenberg, Karen H. *Gestational Surrogacy and the Health Care Provider: Put Part of the «IVF Genie» Back Into the Bottle*, Law, Medicine & Health Care, vol. 18: 4, 1990.

Ruparelia, Rakhi. *Giving away the «gift of life»: surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act*, Canadian Journal of Family Law, 23:1, 2007.

Russell, Irma S. *Within the Best Interests of the Child: The Factor of Parental Status in Custody Disputes Arising from Surrogacy*, Journal of Family Law, vol. 27, 1989.

Sclater, Shelley Day. ver **Cook, Rachel – Sclater, Shelley Day – Kaganas, Felicity**

Scott, Elizabeth S. *Surrogacy and the politics of commodification*, Law and Contemporary Problems, vol. 72:109, 2009.

Straehle, Christine. *Is there a right to surrogacy?*, Journal of Applied Philosophy, vol. 33, n.º 2, 2016.

Strasser, Mark. *Traditional Surrogacy: contracts, partial enforcement, and the challenge for Family Law*, Journal of Health Care Law and Policy, vol. 18, 2015.

Sunstein, Cass R. *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, Columbia Law Review, vol. 92:1, 1992.

Trimings, Katarina – Beaumont, Paul. *International Surrogacy Arrangements: an urgent*

need for legal regulation at the international level, Journal of Private International Law, vol. 7, n.º 3, 2011.

Vasconcelos, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995. – *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

Zyl, Liezl van. ver **Niekerk, Anton van – Zyl, Liezl van**