

A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. A REALIDADE PORTUGUESA

SURROGACY AND THE CONFLICT OF LAWS. A PORTUGUESE PERSPECTIVE

ELSA DIAS OLIVEIRA

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito

Universidade de Lisboa

ORCID ID: 0000-0001-6584-5096

Recibido: 27.05.2019 / Aceptado: 20.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4949>

Resumo: A gestação de substituição tem sido regulada nos diversos ordenamentos jurídicos de modo distinto. Esta diversidade tem como uma das suas consequências que aqueles que pretendem recorrer à gestação de substituição se desloquem aos países onde esta é permitida e retornem, depois, já com a criança nascida na sequência deste processo, aos seus países de residência habitual. As autoridades competentes destes países são, depois, confrontadas com dificuldades que resultam de pedidos de estabelecimento filiação e para as quais as suas leis internas dificilmente apresentam respostas pensadas para esta realidade.

É face a este contexto que se apresenta o presente artigo, em que se visa refletir sobre a realidade jurídica portuguesa acerca da gestação de substituição nos casos que revelem contactos relevantes com mais do que um ordenamento jurídico.

Palavras-chave: gestação de substituição, filiação, lei aplicável, reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro.

Abstract: Surrogacy laws vary from jurisdiction to jurisdiction. Because of this variety, people living in countries that do not allow surrogacy start surrogacy processes abroad – in a country that allows it – and then return home with the born child. The authorities of the home country can then be asked to establish the child’s affiliation, but their laws, in many cases, do not rule or do not allow surrogacy. In this article we analyze the Portuguese laws on this subject and the possible answers that can be given to rule cross-board surrogacy.

Keywords: surrogacy, parentage, applicable law, cross-border recognition.

Sumário: I. Introdução. II. Relevância do foro competente. III. O regime material português. IV. Situações privadas internacionais. V. Conclusão.

*Este artigo foi escrito tendo como base a comunicação apresentada no V Congresso Internacional de Direito Internacional Privado, “Gestación subrogada”, que teve lugar nos dias 25 e 26 de abril de 2019, na Universidade Carlos III, em Madrid. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa.

I. Introdução

1. A gestação de substituição coloca, no âmbito do Direito Internacional Privado, algumas questões atuais, importantes e difíceis de resolver.

Na verdade, os diversos ordenamentos jurídicos não regulam as questões associadas à gestação de substituição de modo igual. Identificam-se ordenamentos jurídicos claramente favoráveis à gestação de substituição¹ e outros que são avessos² e outros ainda que não regulam expressamente esta situação podendo, todavia, revelar-se mais ou menos tolerantes no que respeita ao reconhecimento das situações constituídas no estrangeiro³.

Havendo divergências muito significativas nesta matéria entre os vários ordenamentos jurídicos, aqueles que pretendem ser pais recorrem, em alguns casos, à gestação de substituição nos países que a admitem, regressando, depois, já com a criança nascida por via deste processo, ao país da sua residência habitual. Se esta se localizar num país onde a gestação de substituição não é admitida e em que o contrato de gestação de substituição é inválido, a constituição ou o reconhecimento da filiação da criança relativamente aos pais beneficiários, aqui entendidos como aqueles que dão início ao processo pretendendo ficar indicados como pais da criança que vier a nascer, pode ser uma dificuldade. Dificuldade esta que já foi por diversas vezes apreciada por tribunais de diversos Estados, bem como pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁴.

Esta realidade assume especial relevância porque envolve valores e princípios jurídicos estruturantes de vários ordenamentos jurídicos. Entre outros, estão em causa a dignidade da pessoa humana, o superior interesse da criança, a liberdade de escolha, o direito ao desenvolvimento pessoal.

2. Há uma multiplicidade de questões que, no âmbito do Direito Internacional Privado, se podem suscitar no que respeita à gestação de substituição. Por exemplo, podem identificar-se situações em que o registo da criança é feito no estrangeiro e depois é pedido que os atos de registo aí lavrados pelas entidades estrangeiras competentes ingressem no Registo Civil português. De um modo distinto, a situação poderá ser a do nascimento de uma criança no estrangeiro e solicitação às autoridades portuguesas do registo da criança. Podem ainda ocorrer situações em que, por alguma razão, se discute em tribunais portugueses a filiação da criança. Esta discussão pode resultar de uma impugnação do próprio registo que foi feito. Noutras situações ainda, pode ser pedido o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras proferidas no âmbito da determinação da filiação das crianças nascidas por recurso a gestação de substituição.

Acresce ainda que se podem identificar diferentes possíveis situações de gestação de substituição: casos em que o ovócito é proveniente da mulher beneficiária, da mulher que suporta a gravidez ou de uma terceira mulher; casos em que os espermatozoides são provenientes do homem beneficiário ou de um terceiro dador; casos em que o embrião implantado no útero da mulher gestante resulta do material genético do casal beneficiário; casos em que há ou não contrapartidas patrimoniais para a mulher que suporta a gravidez, etc.⁵. Em cada ordenamento jurídico estarão especificados os pressupostos que devem estar verificados para se admitir estar-se perante uma gestação de substituição.

¹ É o caso, v.g., da Grécia, da Ucrânia, de alguns Estados dos Estados Unidos da América.

² Verifica-se, v.g., na realidade jurídica alemã, espanhola, italiana.

³ Veja-se, para uma análise de Direito Comparado, DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO, *Gestação de substituição*, Editora IASP, São Paulo, 2017, p. 94 ss.; MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, *Julgar online*, janeiro de 2017, p. 1-25, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gesta%C3%A7%C3%A3o-de-Substitui%C3%A7%C3%A3o-Maria-Margarida-Silva-Pereira.pdf>, p. 5, notas 4 e 5; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, *Direito Internacional Privado, Ensaios*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2018, p. 43-62, p. 45 ss.; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª Edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 182 ss.; MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, 2.ª Edição, AAFDL Editora, 2018, p. 818 ss.; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, Petrony Editora, 2019, p. 239. Veja-se também Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Processo 95/17, publicado no D.R., 1.ª série, n.º 87, de 7 de maio de 2018.

⁴ Veja-se, v.g., caso *Paradiso and Campanelli v. Italy*, de 24 de janeiro de 2017; caso *Menesson v. France*, de 26 de junho de 2014; caso *Labassee v. France*, de 26 de junho de 2014, estando estes e outros casos disponíveis em <https://www.echr.coe.int>.

⁵ Veja-se, a este respeito, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 180 ss.; MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, cit., p. 805 ss.

Este é apenas um elenco muito simplista de possíveis situações que podem surgir, embora outras com cambiantes mais ou menos originais facilmente possam ser suscitadas.

II. Relevância do foro competente

3. Uma questão importante é, desde logo, a determinação do foro competente. Na verdade, os diversos ordenamentos jurídicos, para além de terem regimes materiais distintos, têm também normas de conflitos que regulam as situações relacionadas com a gestação de substituição de modo diferente. Deste modo, a lei material designada competente variará consoante a redação da própria norma de conflitos.

Noutros casos, está em causa o reconhecimento no Estado do foro de situações constituídas em outros ordenamentos jurídicos. Também aqui, as próprias normas que regulam este reconhecimento poderão variar consoante o Estado do foro onde a situação estiver a ser apreciada.

4. Atualmente, identifica-se já um grupo de trabalho, no âmbito da Conferência da Haia, que tem desenvolvido a sua atividade com vista à redação de um instrumento de Direito Internacional Privado acerca do reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre a filiação legal, bem como de um protocolo separado sobre o reconhecimento das decisões estrangeiras sobre a filiação legal resultante de acordos para a gestação de substituição em contacto com mais do que um ordenamento jurídico⁶.

Já em 2001, no âmbito de uma consulta informal com vista ao futuro programa da Convenção da Haia sobre Direito Internacional Privado, foi suscitada, como tema a desenvolver, a situação do estatuto das crianças no Direito Internacional Privado, em particular o reconhecimento das relações entre pais e filhos. Foi apenas em 2010 que o Conselho de Assuntos Gerais e Políticos (*Council on General Affairs and Policy*) acordou que as questões de Direito Internacional Privado relacionadas com a gestação de substituição deviam ser objeto de observação pela Secretaria Permanente (*Permanent Bureau*). Em março de 2011, esta Secretaria elaborou um documento sobre as questões de Direito Internacional Privado respeitantes ao estatuto das crianças, incluindo as que resultam dos acordos de gestação de substituição internacionais⁷.

Da reunião realizada entre 28 de janeiro e 1 de fevereiro de 2019, resultou, designadamente, que a maioria dos participantes recomendou que os futuros trabalhos incidissem no desenvolvimento de um instrumento geral de Direito Internacional Privado sobre o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre a filiação legal e de um protocolo separado acerca do reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre a filiação legal resultante de acordos de gestação de substituição internacionais. Foi ainda recomendado que fossem desenvolvidos estudos futuros sobre os métodos que pudessem melhorar a atratividade e efetividade destes instrumentos, como pode ser o caso da adoção de regras uniformes de conflitos de leis para determinar a filiação legal ou o reconhecimento internacional da filiação estabelecida *ex lege* ou na sequência do ato de um indivíduo⁸.

Todavia, advinha-se que o desenvolvimento destes trabalhos não será tarefa fácil atendendo a que os problemas que a gestação de substituição suscita são eticamente muito sensíveis, indo ao cerne dos valores subjacentes a cada sociedade e variam muito entre estas.

III. O regime material português

5. Às questões relativas à gestação de substituição em contacto com mais do que um Estado, discutidas perante tribunais ou outras entidades portuguesas, serão aplicadas as normas em vigor no ordenamento jurídico português que regulam as situações plurilocalizadas.

⁶ Veja-se, a respeito destes trabalhos e da sua evolução, <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⁷ Disponível em <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.

⁸ Veja-se documento disponível em <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

Para uma melhor compreensão da situação da gestação de substituição no âmbito do Direito Internacional Privado, importa ter presente a realidade jurídica no plano do Direito material no ordenamento jurídico português.

Em termos muito sintéticos, pode ser dito que se verifica que a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) foi regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Nesta lei se determinou, nos termos do seu art. 8.º, n.º 1, que “[s]ão nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição”. No seu n.º 2, esclareceu-se que se entende por “(...) “maternidade 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”. Mais se elucidou, no seu n.º 3, que, para todos os efeitos legais, é havida como mãe da criança que vier a nascer a mulher que suportar a gravidez de substituição de outrem⁹.

Esta lei foi posteriormente alterada, pelas Leis n.º 59/2007, de 4 de setembro, n.º 17/2016, de 20 de junho, n.º 25/2016, de 22 de agosto, n.º 58/2017, de 25 de julho e n.º 49/2018, de 14 de agosto.

De acordo com a versão dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, foi alterada a terminologia adotada na lei, passando o legislador a referir-se a gestação de substituição ao invés de maternidade de substituição. Também de acordo com a versão dada por esta lei, o art. 8.º passou a ter uma nova redação, admitindo-se, no seu n.º 2, a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. Mais se determinou, no seu n.º 3, que “[a] gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas 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”. Especialmente relevante, no âmbito do tema ora em análise é o seu n.º 7, de acordo com o qual, “[a] criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”.

Estas disposições da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, foram objeto de apreciação, juntamente com outras, pelo Tribunal Constitucional Português que, no seu acórdão n.º 225/2018 de 24 de abril de 2018¹⁰, as declarou inconstitucionais.

No que respeita aos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade, importa ter presente que, nos termos do art. 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral determina a repristinação das normas que ela tenha revogado¹¹. Assim, tendo sido declaradas inconstitucionais as referidas regras previstas na Lei n.º 25/2016, voltou a vigorar o art. 8.º da Lei n.º 32/2006 na sua redação original, que foi repristinado¹².

Esta redação da lei de 2006 é ainda consonante com o disposto no art. 1796.º, n.º 1, CC (Código Civil), que determina que “[r]elativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento (...)”, plasmando-se como regra geral que é mãe a mulher que dá à luz a criança¹³. Neste contexto, para se considerar como mãe da criança uma outra mulher que não gestante, é necessária lei especial que determine nesse sentido.

A repristinação do disposto no art. 8.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006, que determina ser havida como mãe a mulher que suporta a gravidez, tem suscitado debate, em especial nos casos em que a gestação de substituição é feita inteiramente com o material genético do casal que se pretende beneficiário e deu início ao processo de gestação¹⁴.

⁹ Acerca deste regime, vide DIOGO LEITE DE CAMPOS/MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 376 ss.

¹⁰ *Vide supra*, nota 4, p. 1885 ss.

¹¹ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 823 ss.; JORGE MIRANDA, *Fiscalização da constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 329 ss.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, vol. II, 3.ª Edição, AAFDL Editora, 2018, p. 283.

¹² JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 189.

¹³ A este respeito, vide MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho”, *BF-DUC*, 1/2018, p. 239-307, p. 243; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, cit., p. 239.

¹⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 189.

Todavia, e apesar das dúvidas e debates que o tema suscita, parece-nos resultar, do sucintamente exposto, que, atualmente, no ordenamento jurídico português, os negócios jurídicos de gestação de substituição são considerados nulos e, em caso de nascimento daí resultante, é havida como mãe da criança que vier a nascer a mulher que suporta a gravidez, *i.e.*, a mulher gestante¹⁵⁻¹⁶.

IV. Situações privadas internacionais

6. Conforme acima se referiu, identificam-se diferentes regimes jurídicos que regulam a gestação de substituição em vigor nos diversos Estados. Esta diversidade tem levado a que os interessados em gestação de substituição se desloquem para os países que a permitem e regressem depois ao país onde residem habitualmente, já com a criança que nasceu na sequência deste processo.

Aqui, podemos-nos deparar com diversas realidades jurídicas com as quais as entidades públicas do país da residência habitual dos interessados terão de lidar.

7. Numa possível situação, poderá ser feito, perante as autoridades estrangeiras, o registo da criança nascida nesse país estrangeiro em que é admitida a gestação de substituição. Nesse registo determina-se que os pais são cidadãos portugueses, sem mais indicações complementares.

Se, posteriormente, os cidadãos portugueses indicados como pais pretenderem fazer ingressar esse facto registado no estrangeiro no Registo Civil português, em princípio, não se identificarão dificuldades. Na verdade, nos termos do art. 6.º, n.º 1, do Código do Registo Civil (CRC)¹⁷, determina-se que “[o]s actos de registo lavrados no estrangeiro pelas entidades estrangeiras competentes podem ingressar no registo civil nacional, em face dos documentos que os comprovem, de acordo com a respectiva lei (...)”.

Assim, a lei portuguesa exige, para ingressar no registo civil nacional que os atos de registo sejam lavrados no estrangeiro pelas entidades competentes e que estes atos respeitem a respetiva lei estrangeira.

¹⁵ Também neste sentido, embora crítico no que respeita à bondade da solução plasmada na lei, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 201. Já antes, a propósito da solução consagrada no art. 8.º, n.º 3, da Lei 32/2006, na versão original, revelando-se crítico, veja-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida”, *Revista da Ordem dos Advogados*, III/2007, p. 977-1006, p. 997 ss. Este autor equacionava a hipótese de fazer uma interpretação restritiva desta disposição, que excluísse a consequência prevista na lei – de ser considerada mãe a mulher gestante – “(...) no caso de o óvulo ser da beneficiária, considerando que essa hipótese não teria estado na mente do legislador”. Todavia, o mesmo autor concluía que “(...) o raciocínio é problemático”.

¹⁶ Sublinhe-se ainda que, nos termos do art. 34.º da Lei 32/2006, “[q]uem aplicar técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º, fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos”. Uma vez que a gestação substituição não é permitida em Portugal, não há centros autorizados no território que o possam fazer, logo, a sua prática é crime. Nos termos do art. 35.º, sob epígrafe “Beneficiários”, determina-se que “[q]uem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no n.º 2 do artigo 6.º é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”. No art. 39.º, especificamente aplicável em matéria de gestação de substituição, prevê-se que:

“1. 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.

2. Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.

3. Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

4. Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias.

5. Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos.

6. Quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos.

7. A tentativa é punível.”

¹⁷ Veja-se, acerca desta disposição, ÁLVARO SAMPAIO, *Código do Registo Civil anotado e comentado*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 66 ss.

Acresce ainda que a mesma disposição determina, para proceder ao registo, a verificação de um outro requisito: que seja feita a prova de que esses atos de registo não contrariam os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português¹⁸.

Se não constar do documento de registo estrangeiro o recurso a gestação de substituição nem for feita qualquer declaração pelas partes nem for do conhecimento de quem faz o registo que houve recurso a gestação de substituição, não há conhecimento deste facto, logo, não há razões para recusar esse ingresso no registo.

8. Numa outra situação hipotética, assume-se que, na certidão de nascimento da criança nascida em país estrangeiro em que é admitida a maternidade de substituição, consta que os pais legais são portugueses, mas com indicação de que foi celebrado um contrato de gestação de substituição ou, não havendo esta indicação expressa, tal facto é comunicado ao Conservador ou funcionário do Registo Civil. Aqui já a situação de recurso à gestação de substituição será do conhecimento da entidade pública e terá imediata relevância jurídica. Neste caso, o ato de registo lavrado no estrangeiro pelas entidades estrangeiras competentes, de acordo com a sua própria lei, apenas pode ingressar no Registo Civil nacional se não contrariar a reserva de ordem pública internacional portuguesa.

Ora, conforme se referiu, no ordenamento jurídico português, os contratos de gestação de substituição são nulos e a criança nascida no âmbito de uma gestação de substituição é tida como filha da mulher gestante. Logo, a atribuição da filiação de uma criança nascida de uma gestação de substituição a uma mulher que não foi a gestante é contrária à lei portuguesa e, sendo esta lei imperativa, não pode ser afastada por vontade das partes. Assim, o registo de uma criança com base na referida certidão que dá conta da existência da gestação de substituição é contrária à ordem pública interna. Todavia, de acordo com o art. 6.º, n.º 1, do CRC, não basta, para recusar o seu ingresso em registo, a contrariedade à ordem pública interna, é necessária a contrariedade à reserva de ordem pública internacional.

Importa, pois, determinar se tal registo produzirá efeitos que também sejam considerados como contrários à reserva de ordem pública internacional¹⁹.

Ora, a reserva de ordem pública internacional opera nos casos em que se conclua que da aplicação da lei material estrangeira ao caso resultam efeitos que contrariam os princípios estruturantes da ordem jurídica do foro²⁰. Salienta-se, pela sua expressa referência ao tema, o art. 67.º, n.º 2, al. e), CRP, que prevê a incumbência ao Estado para proteção da família, de “[r]egulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio transversal na CRP; atende-se, *v.g.*, no art. 1.º, no art. 26.º CRP.

A reserva de ordem pública internacional apresenta algumas características essenciais: a excepcionalidade²¹ – devendo apenas ser afastada a lei materialmente competente ou o reconhecimento do documento ou da decisão se a produção dos efeitos daí decorrentes for manifestamente ofensivo dos

¹⁸ *Vide*, quanto a esta disposição e seus requisitos, DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 52 ss.

¹⁹ Acerca da distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional, *vide* JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª Edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, p. 253 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1999, p. 183; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 405 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 621, nota 2422; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 662 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 53 ss.

²⁰ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 410 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2001, p. 689; GERHARD KEGEL & KLAUS SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9.ª Edição, Verlag C.H.Beck, 2004, p. 516 ss.; JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6.ª Edição, Mohr Siebeck, 2006, p. 244; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., p. 620; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO*, vol. I, cit., p. 658 ss. Acerca dos princípios fundamentais do sistema jurídico português aplicáveis à PMA, *vide* JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 167.

²¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 265 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 186; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., p. 668 ss.; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *O divórcio em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 456 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 54.

princípios estruturantes da ordem pública internacional do foro e não apenas contrário à ordem pública interna –, a relatividade – que traduz a ideia de que para atuar a reserva de ordem pública internacional do foro deve existir uma ligação significativa entre a situação e o foro – e o caráter nacional – os princípios fundamentais de um Estado não têm de ser os princípios fundamentais de um outro Estado²².

A invocação da reserva de ordem pública internacional terá de ser analisada caso a caso, atendendo-se a todos estes elementos. O próprio processo de gestação de substituição será relevante, averiguando-se se no seu desenrolar foi sempre garantida a dignidade de todos os envolvidos.

Na verdade, no *supra* referido acórdão do Tribunal Constitucional, não foi referido que a gestação de substituição *per se* seja contrária à Constituição da República Portuguesa. São antes razões muito específicas que levaram à declaração de inconstitucionalidade das referidas disposições da Lei 32/2006 com a versão que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016. Com efeito, no referido acórdão é dito que a declaração de inconstitucionalidade do art. 8.º, n.º 4, 10 e 11 e “(...) conseqüentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis (...)”. A norma do art. 8.º, n.º 8, da mesma lei em conjugação com o art. 14.º, n.º 5, foi também declarada inconstitucional “(...) na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos (...)”. Foi também declarada “(...) a inconstitucionalidade conseqüente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei”. Do acórdão do Tribunal Constitucional que declarou a inconstitucionalidade da lei não resulta, pois, que a gestação de substituição seja, *per se*, contrária às regras ou princípios constitucionais portugueses. O modo como foi feita a sua regulação é que foi considerada contrária a regras previstas na Constituição.

Acresce ainda que Portugal está vinculado à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)²³, sendo, pois também de atender à jurisprudência proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). A este respeito, são especialmente relevantes as decisões do TEDH *supra* identificadas²⁴ dos casos *Mennesson v. France* e *Labassee v. France*. Nestas decisões eram apreciadas situações em que um casal francês, com residência habitual em França, havia recorrido à gestação de substituição nos EUA, num Estado federado em que esta é legal, e o material genético utilizado para a gravidez era o do marido, que também pretendia ser o pai beneficiário. O TEDH veio sublinhar a importância da ligação biológica entre o pai, que para além de ser o biológico também era o beneficiário, e as crianças nascidas, como elemento componente da sua identidade. Sustentou-se, assim, que não pode ser entendido do superior interesse das crianças privá-las de uma relação legal desta natureza quando a realidade biológica desta relação está estabelecida e as crianças e o pai requerem o seu reconhecimento²⁵. Concluiu o TEDH que o não reconhecimento desta relação legal entre pai e filhas é contrário ao art. 8.º da CEDH na parte que prevê o respeito pela vida privada.

Posteriormente, no Parecer Consultivo (*advisory opinion*) dado pelo TEDH em 10 de abril de 2019²⁶, solicitado pela *Cour de Cassation* francesa, respeitante ao reconhecimento, pela lei nacional, da relação legal de filiação de criança nascida no âmbito de uma gestação de substituição acordada no estrangeiro com a mãe beneficiária, veio entender-se que no caso em análise, em que tinham sido utilizados os gametas do pai beneficiário e de uma terceira doadora e em que já havia sido reconhecida, no ordenamento jurídico interno da residência da família, a relação de parentalidade com o pai, o respeito pelo direito da vida privada previsto no art. 8.º da CEDH exige que este mesmo ordenamento jurídico permita a possibilidade de reconhecimento da relação de filiação com a mãe beneficiária como tal de-

²² Acerca das características da reserva de ordem pública internacional, *vide*, por todos, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., p. 623 ss., com referências bibliográficas; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 54.

²³ Assinada por Portugal em 22 de setembro de 1976 e em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 9 de novembro de 1978.

²⁴ *Supra* nota 5.

²⁵ Veja-se, v.g., ponto 100 do acórdão do caso *Mennesson v. France* e ponto 79 do acórdão do caso *Labassee v. France*.

²⁶ Pedido n.º P16-2018-001.

signada no certificado de nascimento feito no estrangeiro. Mais se esclareceu que o respeito por esta disposição não exige que este reconhecimento seja feito por via do ingresso no registo de nascimento, podendo também ser feito pela via da adoção²⁷. No mesmo parecer, o TEDH, esclareceu ainda que, apesar de a questão não lhe ter sido colocada, nos casos em que o embrião que é gerado pela mulher gestante resulta de ovócito da mulher que pretende ser a mãe beneficiária, a necessidade de garantir a possibilidade de reconhecimento da relação legal entre a criança e a mulher beneficiária apresenta-se com maior intensidade²⁸.

Já num outro caso, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, com contornos diferentes, desde logo porque se verificou que não existia qualquer vínculo biológico entre os candidatos a pais beneficiários – casal italiano com residência habitual em Itália – e a criança nascida na Rússia, o TEDH decidiu que não tinha existido violação do art. 8 da CEDH pelo facto de não ter sido reconhecida a filiação da criança ao referido casal e de a criança lhes ter sido retirada e colocada para adoção²⁹, pelos tribunais italianos. Sublinhe-se que no ordenamento jurídico italiano a gestação de substituição não é legalmente permitida.

Importa também ter presente que a adoção de uma solução que não garanta os interesses das crianças será contrária ao art. 3.1. da Convenção sobre os Direitos da Criança³⁰, que determina que “[t]odas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança”³¹.

Conclui-se, pois, conforme acima referido, que a atuação da reserva de ordem pública internacional deverá ser apreciada em cada caso concreto. Sublinha-se, todavia, que não existe, parece-nos, razão para afastar *a priori* o reconhecimento da filiação aos pais beneficiários das crianças nascidas na sequência de gestação de substituição³².

²⁷ A conclusão, no original em língua inglesa:

“In a situation where, as in the scenario outlined in the questions put by the Court of Cassation, a child was born abroad through a gestational surrogacy arrangement and was conceived using the gametes of the intended father and a third-party donor, and where the legal parent-child relationship with the intended father has been recognised in domestic law:

1. the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the “legal mother”;

2. the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths or the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used provided that the procedure laid down by domestic law ensures that it can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child’s best interests.

²⁸ No original, em inglês:

“47. Although the domestic proceedings do not concern the case of a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and conceived using the eggs of the intended mother, the Court considers it important to emphasise that, where the situation is otherwise similar to that in issue in the present proceedings, the need to provide a possibility of recognition of the legal relationship between the child and the intended mother applies with even greater force in such a case”.

²⁹ Veja-se, no original, em inglês:

215. The Court does not underestimate the impact which the immediate and irreversible separation from the child must have had on the applicants’ private life. While the Convention does not recognise a right to become a parent, the Court cannot ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to become parents has not been or cannot be fulfilled. However, the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants’ interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case.

216. It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention.”.

³⁰ Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro, e o Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro.

³¹ *Vide*, a este respeito DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 56 ss.

³² Importa ainda, neste contexto, fazer uma referência à teoria do efeito atenuado da reserva de ordem pública internacional. Conforme esclarece ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 414 ss., o efeito atenuado da reserva de ordem pública internacional resulta de uma orientação doutrinária e jurisprudencial francesa, em que a ordem pública “(...) pode operar de modo diverso conforme se trate de adquirir um direito em França, ou de permitir que um direito adquirido sem fraude no estrangeiro, produza em França, os seus efeitos (...)”. A respeito desta orientação jurisprudencial, veja-se, *v.g.*,

Acresce ainda que, conforme já antes sublinhava Dário Moura Vicente³³, se se tratar de uma situação de filiação já constituída num Estado-Membro da UE, o não reconhecimento num outro Estado-Membro, gera uma situação claudicante, que pode colocar em causa o direito de os cidadãos da UE circularem e permanecerem livremente no território dos Estados-Membros, previsto no art. 21.º, n.º 1, do TFUE³⁴.

9. Numa outra situação hipotética, poderá admitir-se que, tendo sido feito o registo da criança, a filiação seja impugnada perante tribunais judiciais³⁵. Ou, por qualquer outra razão, pode ser suscitada a questão da determinação da filiação de uma pessoa nascida na sequência de uma gestação de substituição numa situação privada internacional. Importa, então, determinar a lei aplicável para regular a situação.

No ordenamento jurídico português, a norma de conflitos relevante será o art. 56.º CC, que, no seu n.º 1, determina que, tratando-se de filho de mulher solteira, à constituição da filiação é aplicável a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação.

Desde logo, na interpretação desta disposição, importa determinar quem é entendido como progenitor no âmbito de uma gestação de substituição. Deverá ser entendida como progenitora a mulher gestante, a mulher que doa o ovócito ou a mulher que pretende criar e educar a criança e deu início ao processo de gestação de substituição³⁶? Na verdade, na gestação de substituição recorre-se, por regra, a técnicas de PMA³⁷, podendo a concreta técnica utilizada ter repercussões jurídicas. Pode, nomeadamente, estar em causa uma técnica de PMA homóloga – caso em que os espermatozoides e os ovócitos provêm do próprio casal – ou de PMA heteróloga – caso em que os espermatozoides e os ovócitos não provêm do próprio casal, mas antes de dador³⁸. A procriação heteróloga pode ainda sê-lo total ou parcialmente, consoante as células reprodutoras provenham todas de dador ou de um dos beneficiários³⁹.

a decisão da *Cour de Cassation, Ire Chambre civile*, de 17 de abril de 1953, disponível em http://www.interjurisnet.eu/html/dip/civ1_17_04_1953.pdf, em que se sustentou que “(...) la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français”. Ou seja, importa distinguir consoante se trata ou não de uma situação que já foi constituída no estrangeiro e cujos efeitos, se pretende, venham a produzir-se no Estado do foro; bem como se se trata ou não de uma situação fraudulentamente constituída. Resulta desta orientação que, v.g., apesar de a união poligâmica em si não ser reconhecida no Estado do foro, poderiam ser de admitir alguns efeitos de uma união poligâmica, validamente celebrada no estrangeiro, como é o caso, por exemplo, da atribuição de direitos sucessórios aos descendentes de matrimónio poligâmico e até à segunda mulher do polígamo. Veja-se, a este respeito, v.g., a decisão da *Cour de Cassation, Ire Chambre civile*, de 3 de janeiro de 1980, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr>, relativa aos efeitos sucessórios de casamento poligâmico. Cfr. na doutrina portuguesa, quanto ao efeito atenuado da ordem pública internacional, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. I., Reedição das Lições, 1958-59, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1966, p. 428; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 267; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 415; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 671 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 55. Ora, dependendo da análise do caso concreto, nas situações de crianças nascidas na sequência de um processo de gestação de substituição, poderá ser de admitir um efeito atenuado da reserva de ordem pública internacional se estiverem preenchidos os pressupostos acima referidos e, consequentemente – apesar de poder não ser de aceitar a validade do contrato de gestação –, admitir a atribuição da filiação a quem celebrou o contrato de gestação de substituição com vista a criar e educar a criança, i.e., os denominados pais beneficiários.

³³ DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 57.

³⁴ Vide, acerca do reconhecimento mútuo e das críticas que lhe têm sido tecidas por poder conduzir a que determinados Estados tenham de reconhecer, nos seus ordenamentos jurídicos, situações contrárias aos seus valores e princípios estruturantes, como é o caso da gestação de substituição, MATTHIAS LEHMANN, “Chapter 2: Recognition as a substitute for Conflict of Laws?”, *General Principles of European Private International Law*, Ed. Stefan Leible, Wolters Kluwer, 2016, p. 11-43, p. 33.

³⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 57 ss.

³⁶ Acerca da determinação da mãe e das dificuldades que lhe estão associadas nestes casos no ordenamento jurídico português, vide DIOGO LEITE DE CAMPOS/MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, cit., p. 375 ss.

³⁷ Conforme esclarece MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho”, cit., p. 241, nota 3, “(...) a maternidade de substituição não é uma técnica de PMA, embora, em termos legais, em face da disciplina instruída pelo legislador português, tenha sempre de pressupor uma dessas técnicas – vide artigo 8.º/3”. Veja-se, também, MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional...”, cit., p. 5.

³⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 164.

³⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 164.

Uma vez que se está perante conceitos jurídicos, importa determinar o método para fazer a sua interpretação. A interpretação dos elementos de conexão, de acordo com a doutrina dominante, deve ser feita à luz da lei do foro⁴⁰, importando, todavia, ter sempre presente a natureza da norma de conflitos em concreto⁴¹.

No momento atual, atendendo a que o art. 8.º, n.º 7, da Lei n.º 32/2006, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, foi declarado inconstitucional, e tendo sido reprimada a versão originária desta disposição, é tida como mãe, para todos os efeitos legais, a mulher que suportar a gravidez⁴². Releva ainda, para a interpretação deste conceito o disposto no art. 1796.º, n.º 1, CC, que determina que, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento.

Assim, para efeitos de interpretação do conceito de progenitor previsto no art. 56.º, n.º 1, CC, entende-se ser progenitora a mulher gestante, a que suporta a gravidez. Nestes termos, de acordo com o art. 56.º, n.º 1, CC, a filiação será regulada pela lei pessoal da mulher gestante, que, nos termos do art. 31.º, n.º 1, CC, por regra, é a lei da nacionalidade⁴³.

Se as normas de conflitos do ordenamento jurídico do Estado da lei pessoal da gestante remeterem para o seu próprio ordenamento e não se suscitarem, por isso, questões de reenvio, será esta a lei aplicável.

Ora, atendendo a que, na maioria das situações, as pessoas que pretendem beneficiar da gestação de substituição recorrem a mulheres gestantes nacionais de países que admitem a gestação de substituição e cujas leis consideram como pais das crianças assim nascidas os pais beneficiários, a lei material aplicável à filiação das crianças vai, na maioria dos casos determinar que são estes beneficiários os pais da criança e não a mulher gestante.

Se, de acordo com a lei material aplicável, a filiação dever ser estabelecida relativamente aos pais beneficiários, haverá também aqui que verificar se da aplicação desta lei estrangeira resultam efeitos considerados contrários à reserva de ordem pública internacional do Estado português. E neste âmbito, haverá que ter presentes considerações semelhantes àquelas já acima tecidas. Ou seja, haverá que verificar se, no caso *sub iudice*, atenta a ligação da situação ao ordenamento jurídico português, bem como o processo de gestação de substituição em concreto, haverá ou não que atuar a reserva de ordem pública internacional. Desta feita, a disposição relevante será o art. 22.º CC, que consagra a reserva de ordem pública internacional, e poderá ser de afastar a aplicação da lei que determina que os beneficiários são os pais da criança. Nos termos do art. 22.º, n.º 2, CC, determina-se que serão aplicáveis, nesse caso, as normas mais apropriadas da lei estrangeira competente ou, não as havendo, as regras de Direito interno português.

10. Como referido, o art. 56.º, n.º 1, CC, regula a filiação de filho de mulher não casada. Tendo sido analisada a filiação relativamente à mãe, importa agora apreciar a aplicação da mesma regra no que respeita à determinação da filiação da criança relativamente ao pai.

A doutrina e a própria lei, em situações de gestação de substituição, não têm dedicado tanta atenção à determinação do pai como à da mãe. Todavia, o problema coloca-se também com respeito a este progenitor.

⁴⁰ MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 47 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 76 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., p. 498. Já antes, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, p. 123; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, reimpressão da Edição de 1970, Almedina, Coimbra, 1998, p. 381.

⁴¹ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., p. 355, com referências bibliográficas.

⁴² Veja-se também DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 58, interpretando o conceito de progenitor previsto no art. 56.º, n.º 1, CC, à luz do disposto na Lei n.º 32/2006.

⁴³ Se a progenitora tiver mais do que uma nacionalidade haverá que apelar aos critérios de resolução de concursos de nacionalidades previstos nos arts. 27.º e 28.º da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 03/10, alterada pela Lei n.º 25/94, de 19/08, pelo Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14/12, Lei Orgânica n.º 1/2004, de 15/01, Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17/04, Lei n.º 43/2013, de 03/07, Lei Orgânica n.º 1/2013, de 29/07, Lei Orgânica n.º 8/2015, de 22/06, Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29/07 e pela Lei Orgânica n.º 2/2018, de 05/07). Se, noutra hipótese, a progenitora for apátrida, é aplicável o art. 12.º, n.º 1, da Convenção relativa ao estatuto dos apátridas, nos termos do qual se determina que o estatuto pessoal do apátrida se rege pela lei do país do seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país da sua residência. Esta Convenção foi adotada e aberta à assinatura pela Conferência das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Apátridas, realizada no Quartel-General das Nações Unidas, em Nova Iorque, de 13 a 23 de setembro de 1954, entrou em vigor na ordem internacional em 6 de junho de 1960 e em Portugal em 30 de dezembro de 2012.

A lei material portuguesa revela-se pouco favorável ao estabelecimento da filiação paterna, no caso de gestação de substituição⁴⁴. Na verdade, no que respeita à determinação da mãe, nos termos do art. 8.º, n.º 3, da Lei 32/2006, estabelece-se que se considera como mãe da criança a mulher que suporta a gravidez, mesmo que subjacente esteja um negócio de gestação de substituição nulo. O legislador é omissivo no que respeita ao pai.

O homem que celebra o negócio de gestação de substituição não terá fundamento legal para se identificar como pai, uma vez que o negócio que celebrou é nulo, não produzindo, pois, qualquer efeito. O homem que doa o seu material genético para a possibilidade da gestação de substituição não é considerado como pai, o que resulta expressamente dos arts. 10.º, n.º 2 e 21.º da Lei n.º 32/2006⁴⁵. Estas disposições são relevantes no âmbito da gestação de substituição, pois esta pressupõe o recurso a técnicas de PMA.

Todavia, a situação pode ainda assumir uma outra configuração: o homem que celebra o contrato de gestação de substituição pode ser também o dador do seu material genético e pretender que seja estabelecida a filiação da criança assim nascida, assumindo a paternidade desta. Neste caso, o ordenamento jurídico português não pode ficar indiferente ao vínculo biológico que existe entre este homem e a criança, bem como à jurisprudência do TEDH. No *supra* referido caso *Menesson v. França*, o TEDH veio considerar que sendo o homem que pretendia ser o pai da criança também aquele que tinha facultado o seu material genético para a gestação e tendo em consideração a importância da filiação biológica como um componente da identidade de cada um, não poderia ser considerado do interesse da criança a privação do estabelecimento desta relação de parentalidade. Na verdade, se o homem que pretende estabelecer a filiação com a criança é o seu pai biológico e se tem esta vontade de reconhecimento legal deste laço, será contrário ao interesse da criança a sua recusa⁴⁶. E conseqüentemente, esta recusa também será contrária ao art. 8.º da CEDH no que concerne ao direito ao respeito pela vida privada e familiar da criança.

Assim, nos casos em que o homem beneficiário da gestação de substituição é também o homem que forneceu o material genético, deverá este ser considerado como progenitor da criança, designadamente, para efeitos de aplicação do art. 56.º, n.º 1, CC. Por aplicação desta disposição, será a lei pessoal deste progenitor que regulará a filiação.

Situação mais complicada será aquela em que o dador do material genético não coincide com o beneficiário da gestação de substituição. Neste caso, não parece existir um homem que possa ser apontado como progenitor.

A este respeito, importa ainda ter presente o regime previsto no art. 1839.º, n.º 3, CC, de acordo com o qual “[n]ão é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”. Resulta desta disposição que o dador de gâmetas não é o pai nos casos em que o cônjuge da mulher que fez inseminação artificial nisso consentiu⁴⁷. Nos casos de gestação de substituição, todavia, é a própria Lei n.º 32/2006 que, no seu art. 8.º, n.º 1, vem determinar que os negócios àquela relativos são nulos.

Importa ainda referir que, no ordenamento jurídico português, identificam-se regras de conflitos específicas aplicáveis consoante se trate de filiação relativamente a mulher casada ou a mulher não casada. Assim, a regra acima indicada no art. 56.º, n.º 1, CC, apenas se aplica no caso de se tratar de mulher não casada.

Se se tratar do estabelecimento da filiação de mulher casada, nos termos do art. 56.º, n.º 2, CC, determina-se que a constituição da filiação relativamente ao pai é regulada pela lei nacional comum da mãe e do marido⁴⁸. Na falta desta, é aplicável a lei da residência habitual comum dos cônjuges e, se esta

⁴⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 201, nota 484.

⁴⁵ Veja-se, v.g., GUILHERME DE OLIVEIRA, “Critérios jurídicos da parentalidade”, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coord. Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 271-306, p. 279; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, cit., p. 253.

⁴⁶ A *Grand Chambre* deste mesmo Tribunal veio, como *supra* referido na nota 26 e texto correspondente, em 10 de abril de 2019, reforçar esta orientação num Parecer Consultivo solicitado pela *Court de Cassation* francesa.

⁴⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 168.

⁴⁸ Acerca da discussão na doutrina quanto à aplicação desta disposição nos casos em que está em causa a paternidade relativamente a outro homem que não o marido da mãe, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 670 ss. com referências bibliográficas e doutrinárias.

também faltar, a lei pessoal do filho. Em consonância com as considerações acima tecidas, também aqui o conceito de mãe deve ser interpretado com base no Direito material português. Logo, deve ser entendida como mãe a mulher gestante, *i.e.*, a que suporta a gravidez.

Nos termos do art. 56.º, n.º 3, CC, clarifica-se ainda que, para os efeitos do art. 56.º, n.º 2, CC, “(...) atender-se-á ao momento do nascimento do filho ou ao momento da dissolução do casamento, se for anterior ao nascimento”.

11. Numa outra hipótese ainda, podemos nos deparar com uma decisão judicial relativa à filiação de uma criança, proferida por tribunal estrangeiro, cujo reconhecimento é requerido em Portugal.

Nos termos do art. 7.º, n.º 1, do CRC⁴⁹, determina-se que “[a] s decisões dos tribunais estrangeiros relativas ao estado ou à capacidade civil dos Portugueses, depois de revistas e confirmadas, são directamente registadas por meio de averbamento aos assentos a que respeitam”. Já se as decisões disserem respeito a estrangeiros, rege o art. 7.º, n.º 2, do CRC, segundo o qual: “As decisões dos tribunais estrangeiros, referentes ao estado ou à capacidade civil dos estrangeiros, estão nos mesmos termos sujeitas a registo, lavrado por averbamento ou por assento, consoante constem ou não do registo civil português os assentos a que devam ser averbadas”.

A revisão e confirmação de sentenças estrangeiras, não estando prevista em tratados, convenções ou regulamentos da União Europeia, nem em lei especial, encontra-se regulada nos arts. 978.º ss. CPC (Código de Processo Civil). Conforme resulta do art. 979.º CPC, o tribunal competente é o Tribunal da Relação da área em que esteja domiciliada a pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença. A sentença estrangeira será confirmada se estiverem verificados os pressupostos previstos no art. 980.º CPC: “a) Que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença nem sobre a inteligência da decisão; b) Que tenha transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida; c) Que provenha de tribunal estrangeiro cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses; d) Que não possa invocar-se a exceção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afeta a tribunal português, exceto se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição; e) Que o réu tenha sido regularmente citado para a ação, nos termos da lei do país do tribunal de origem, e que no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes; f) Que não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português”.

Uma vez mais, salienta-se o requisito de que a decisão estrangeira não seja contrária à reserva de ordem pública internacional⁵⁰. Também aqui haverá que atender ao caso concreto, analisando-se se, *v.g.*, o processo adotado na gestação de substituição foi ou não contrário à dignidade da pessoa humana, remetendo-se para as considerações já acima tecidas a este respeito.

Sublinhe-se ainda que, nos termos previstos no art. 983.º, n.º 2, CPC, a decisão poderá não ser confirmada se tiver sido proferida contra pessoa de nacionalidade portuguesa e se se verificar que “(...) o resultado da ação lhe teria sido mais favorável se o tribunal estrangeiro tivesse aplicado o direito material português, quando por este devesse ser resolvida a questão segundo as normas de conflitos da lei portuguesa”. Exige-se, pois, que seja verificado se, de acordo com as normas de conflitos portuguesas, *maxime* art. 56.º CC, a lei material portuguesa seria a competente e se este resultado seria mais vantajoso para o cidadão português⁵¹, caso em que a decisão não será reconhecida.

⁴⁹ Acerca desta disposição, veja-se ÁLVARO SAMPAIO, *Código do Registo Civil anotado e comentado*, cit., p. 66 ss. Veja-se ainda, acerca do regime previsto neste artigo 7.º, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 478, 482 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 60 ss.

⁵⁰ Acerca da relevância da reserva de ordem pública internacional no reconhecimento destas decisões, embora à luz do anterior CPC, em especial, arts. 1094.º ss., DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 60 ss., sublinhando, já em 2010, que “(...) se nos afigura ser impossível afirmar, em termos gerais, que as decisões em apreço não podem ser reconhecidas em território nacional. Há, pelo contrário, também nestes casos um *favor recognitionis*, que em princípio levará a admitir a produção de efeitos em Portugal por tais decisões”.

⁵¹ Sobre situação muito similar a esta, embora com referência ao art. 1100.º, n.º 2, CPC, então em vigor, *vide* DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 61 ss.

V. Conclusão

12. A gestação de substituição em situações que apresentem contactos relevantes com mais do que um ordenamento jurídico suscita dificuldades, que são acrescidas na sua regulação atendendo à multiplicidade de regimes materiais vigentes nos diversos ordenamentos jurídicos.

A diversidade na regulação jurídica nesta matéria dos vários ordenamentos jurídicos apresenta ainda a especificidade de refletir os valores e princípios mais estruturantes de cada sociedade, manifestando, pois, a sua própria identidade. Daí que também não surpreenda a resistência de alguns ordenamentos jurídicos em admitir a produção de efeitos de situações constituídas no estrangeiro, à luz da lei estrangeira, ao invés do previsto na lei do Estado do foro. E, todavia, aqueles que pretendem ser progenitores recorrendo a gestação de substituição, frequentemente, procuram iniciar o respetivo processo nos países que a permitem, regressando depois ao seu país de residência habitual com a criança entretanto nascida. As dificuldades que se prendem com o reconhecimento ou a constituição da filiação no país onde os progenitores beneficiários e a criança vão ficar a residir habitualmente poderão ser mais ou menos acentuadas, consoante os valores e princípios jurídicos subjacentes a este ordenamento jurídico.

Importa, face a toda esta diversidade de regulação jurídica e à frequente plurilocalização destas situações, manter sempre presente o superior interesse da criança, que nasceu, que é titular de direitos inalienáveis e que não deve ser prejudicada pelo facto de ter sido gerada com recurso a gestação de substituição.