



VERA LÚCIA RAPOSO
Advogada

MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Quando a cegonha chega por contrato

A discussão acerca da chamada “maternidade de substituição” (utilizaremos esta designação por ser a mais comum, não por ser a mais correta) coloca-nos perante incertezas e dúvidas, às quais temos muitas vezes temor de responder pelo receio de que as respostas nos defrontem com as nossas próprias incongruências e contradições

A primeira questão que se coloca prende-se com o reconhecimento de efeitos jurídicos aos contratos de gestação. De acordo com o artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, tais contratos são nulos. Significa isto que a mulher que dá à luz continua a ser considerada a mãe da criança, segundo a regra geral do artigo 1796.º/1 do Código Civil. Acontece, porém, que, quando o tradicional princípio do parto como critério da maternidade jurídica foi plasmado, a hipótese de uma mulher dar à luz um bebé que não partilhava o seu código genético era pura ficção. Mas este princípio - de resto, como qualquer outro - deve adequar-se aos avanços da ciência e às conceções vigentes em cada época, e neste momento o que temos são milhões de mulheres incapazes de procriar e milhões de mulheres dispostas a ajudá-las por via dos meios que a ciência lhes disponibiliza.

Sublinhe-se, antes de mais, que o que se contrata é a prestação de um serviço. Aqueles que se incomodam com a classificação da gestação como um serviço devem questionar-se porque não os repugna que os demais serviços prestados com o corpo assim sejam qualificados, desde o trabalho manual ao trabalho intelectual, passando pelo desporto, pela moda ou pela pornografia, nenhuma destas práticas proibidas no nosso ordenamento jurídico.

É certo que o artigo 280.º/2 do CC declara nulos os contratos contrários à ordem pública e aos bons costumes. Mas

a contratação de um serviço (no caso, um serviço reprodutivo), mediante um contrato livremente celebrado, à luz de um regime jurídico que acautele as pretensões e as necessidades das partes, não entra nessa qualificação. Se o que particulariza a gestação é o facto de envolver um ser humano, então note-se que o mesmo sucede a toda a ampla panóplia de serviços que contratamos para os nossos filhos. Desde as tradicionais amas-de-leite (e existirá laço mais forte do que aquele que liga uma mulher ao bebé que amamenta?) às atuais *nannys*, a nossa sociedade está repleta de situações em que um terceiro estabelece com uma criança (já nascida, portanto, o que em si mesmo marca uma grande diferença face ao serviço de gestação) profundos laços emocionais, muitas vezes de forma mais forte do que os próprios pais, sabendo que a dada altura se terá que desvincular da criança.

Nem se diga que a proibição do contrato se funda na extrema desigualdade de posições entre as partes, em desfavor da mãe de substituição. Primeiro, porque é discutível essa suposta posição de supremacia dos designados “pais contratantes”. Depois, porque, mesmo que assim seja, a sua proibição levar-nos-ia igualmente a interditar todos os demais contratos onde tal desigualdade exista, a começar pelos contratos de trabalho ou os contratos de adesão.

Por conseguinte, a solução não reside na sua proibição, mas na criação de um regime jurídico que garanta acompanhamento jurídico (e até psicológico)



a ambas as partes, um estrito controlo das prestações devidas e um adequado período de reflexão para a mãe de substituição.

A segunda questão reporta-se ao artigo 39.º da Lei n.º 32/2006, que considera crime a celebração de contratos de gestação onerosos, bem como a promoção de contratos deste teor. O bem jurídico subjacente a tal criminalização surge delineado pela circunstância de o tipo legal apenas se aplicar a contratos que envolvam uma soma monetária. Logo, o que está em causa - numa tipificação que muitas perplexidades suscita em termos de legitimidade criminal - é a defesa de um certo modelo de comportamento, censurando-se o facto de ser pago. Estaremos a ressuscitar um direito penal ancorado na moralidade e nos bons costumes, ao arrepio do esforço desenvolvido nos últimos anos para



A SOLUÇÃO NÃO RESIDE NA SUA PROIBIÇÃO,
MAS NA CRIAÇÃO DE UM REGIME JURÍDICO
QUE GARANTA ACOMPANHAMENTO JURÍDICO
(E ATÉ PSICOLÓGICO) A AMBAS AS PARTES

extirpar do nosso ordenamento jurídico criminalizações desta índole? Para fugir a esta crítica, há quem invoque a dignidade humana como suposto bem jurídico-penal subjacente ao artigo 39.º CP, mas nem a dignidade humana é um bem jurídico-criminal nem tão-pouco pode a sua invocação ser banalizada a ponto de se invocar a dignidade para conferir lastro jurídico a todas as soluções legais para as quais não se encontre outro fundamento.

E nem se diga que a maternidade de substituição é criminalmente punida em virtude das suas supostas analogias com a escravatura de mulheres e com o trá-

fico e venda de crianças, comparações estas que denotam um profundo desconhecimento dos institutos em causa. A escravatura pressupõe uma aniquilação da pessoa jurídica, o que não sucede face a mulheres que livremente se autodeterminam no sentido de celebrar um contrato por meio do qual prestam um serviço com o corpo. O tráfico e a venda de crianças refere-se à coisificação de um ser humano e sua aquisição mediante um pagamento, o que de todo não descreve a contratação de um serviço que permite a uma família acolher no seu seio aquele filho que há muito procura. É evidente que a maternidade

de substituição não cura a infertilidade. Aliás, não há técnica reprodutiva que torne fértil quem é infértil. O seu “singelo” propósito - se é que a realização de direitos fundamentais é singela - consiste em permitir contornar este obstáculo biológico. Trata-se de proporcionar a pessoas que padecem de uma doença - e a infertilidade é considerada uma doença pela OMS - uma forma de atenuar as limitações derivadas do seu estado patológico. Afinal, em termos semelhantes ao que a medicina vem fazendo com as pessoas que padecem de diabetes, de HIV ou de outras doenças que ainda não têm cura, mas em relação às quais a ciência permite limitar as suas restrições.

Tenha-se sobretudo em conta que este contrato não se destina a satisfazer um capricho fútil, mas, pelo contrário, a concretizar direitos fundamentais que a todos nos cabem, o direito à saúde, o direito à reprodução e o direito a constituir família. Estando em causa a realização de direitos fundamentais (artigo 18.º CRP), a sua limitação exige uma justificação acrescida, que não se basta com meras alusões às concepções morais de cada um. Urge invocar um dano concreto a direitos de terceiros ou a valores essenciais da comunidade. Ora, há muito que a nossa sociedade ultrapassou a desconfiança face ao contributo de terceiros para a reprodução, e tão-pouco se pode dizer que a manutenção a outrance da criança com a sua progenitora biológica seja parte intrínseca da nossa cultura. Por outro lado, quando a mãe de substituição decida contratar de forma autónoma e livre, não há qualquer violação dos seus direitos, sendo que, pelo contrário, seria a paternalista proibição jurídica a atentar contra os mesmos. Quanto à criança que assim vai nascer, seria interessante perceber em que medida as particularidades do seu nascimento tornam a sua vida menos valiosa ou violam qualquer direito seu. Este é um contrato que fomenta a vida e que confere existência a quem de outra forma não a teria. E não uma existência qualquer, mas uma vida no seio de uma família onde aquele filho é muito desejado. Ou seja, não um filho que nasceu por acidente, por vingança, por despeito ou por motivações económicas - como tantas vezes acontece -, mas sim por um profundo ato de amor e pela premente necessidade humana de constituir família. ■