

DIVULGAÇÃO DE PARECER DO CONSELHO CONSULTIVO

N.º 44/ CC /2018

N/Referência: P.º CC.8/2017-STJSR-CC Data de homologação: 23-03-2018

Consulente: MNE/GSEJ

Assunto: Procedimentos a adotar pelos serviços consulares face à entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Maternidade de substituição. Regulamentação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho. Técnicas de procriação medicamente assistida.

Palavras-chave: Procriação medicamente assistida – gestação de substituição - contratos nulos – estabelecimento da filiação – parentalidade.

No presente processo são submetidas à consideração do Conselho Consultivo duas questões, uma colocada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros (MNE), e outra pelo Gabinete da Secretária de Estado da Justiça, a pedido da Comissão Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA). O MNE pretende habilitar os seus serviços consulares com informação sobre os procedimentos a adotar com a entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, juntando ofício da Embaixada da Ucrânia que dá conta do interesse de vários casais em recorrer às técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) em território ucraniano e um pedido de informação sobre a legislação portuguesa efetuado por uma clínica ucraniana especializada em fertilidade. Tal clínica, simultaneamente, esclarece que a procriação medicamente assistida é possível na Ucrânia para casais que não podem ter filhos de forma natural e que, de acordo com o Código Civil ucraniano, todos os adultos podem recorrer aos métodos de procriação medicamente assistida, nomeadamente a *barrigas de aluguer* e que, nos termos do artigo 123.º do Código do Registo Civil ucraniano, a gestante de substituição não consta do registo de nascimento. Pretendem concretamente saber:

- Se uma criança nascida na Ucrânia, mediante maternidade de substituição, pode obter a nacionalidade portuguesa, caso os beneficiários sejam portugueses;
- Em caso afirmativo, quais os documentos necessários para a criança nascida na Ucrânia obter a cidadania;
- Qual o procedimento de saída de criança da Ucrânia estando os pais biológicos em Portugal.¹

O Gabinete da Secretária de Estado da Justiça vem questionar da necessidade de formação sobre a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016,

¹ Tradução livre.

de 22 de agosto, Lei da Procriação Medicamente Assistida (PMA), por crer que o diploma pode criar “*perturbações não negligenciáveis nos serviços das Conservatórias do Registo Civil*”.

Cumprе apreciar.

A procriação medicamente assistida e a gestão de substituição

Em Portugal a procriação medicamente assistida passou a ser admitida nos termos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Só em 2017 se veio a permitir a gestão de substituição, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho. Numa década de globalização e sem fronteiras muito mudou na sociedade e no direito, pelo que será de imaginar que em breve estaremos a debater a admissibilidade da Extrauterine Fetal Incubation (EFI) que permite o desenvolvimento humano em úteros artificiais, por ora, concebidos para o completamento da gestão de prematuros em ambiente semelhante ao útero humano.²

A interpretação e aceitação da legislação portuguesa sobre a procriação medicamente assistida não tem o consenso da comunidade jurídica, encontrando-se pendente no Tribunal Constitucional um pedido de apreciação sucessiva e abstrata da constitucionalidade da Lei n.º 32/2016, na redação que lhe foi dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto.³

Para lançar alguma luz sobre as questões submetidas à apreciação impõe-se uma breve incursão pelas principais regras da referida Lei n.º 32/2006, republicada pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, e dos Decretos Regulamentares n.º 6/2016, de 29 de dezembro, e n.º 6/2017, de 31 de julho.

A lei assenta nos princípios da dignidade da pessoa humana e no da não discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado do recurso a técnicas de PMA, princípios, aliás, consagrados na Constituição da República Portuguesa, nos artigos 25.º e 26.º

O legislador estipulou, expressamente, o carácter subsidiário e não alternativo do recurso a técnicas de PMA, não obstante criar a exceção à regra ao admitir recurso às técnicas de procriação a todas as mulheres independentemente do estado civil e do diagnóstico de infertilidade. Regra geral, as técnicas de PMA só podem ser admitidas havendo diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doença de origem genética, infecciosa ou outra de índole grave (n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º). Tais técnicas só podem

² http://www.ghente.org/temas/reproducao/utero_artificial_1.htm ; <http://www.bbc.com/portuguese/geral-39732077>

³ que pode ser consultado em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334271624449354c544d324c5455784c56684a53556b746347566b615752765a6d6c7a593152444c6e426b5a673d3d&fich=pjl29-36-51-XIII-pedidofisc.pdf&inline=true>

ser praticadas em centros públicos ou privados expressamente autorizados, para o efeito, pelo Ministério da Saúde.

Podem ser beneficiários das técnicas de PMA casais de sexo diferente, casais de mulheres, casados ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

Quanto à capacidade para o acesso às técnicas de PMA a lei exige a idade mínima de 18 anos, desde que os beneficiários não estejam interditos ou inabilitados por anomalia psíquica (artigo 6.º).

Os beneficiários podem livremente revogar o consentimento até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

No que se refere à doação de espermatozoides, ovócitos e embriões, por terceiros, só é possível quando médica e cientificamente se conclua não ser possível obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave, através do recurso a qualquer técnica que utilize gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes para garantir a sua qualidade (artigo 10.º).

Passando em revista o Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, que regimenta a procriação medicamente assistida verificamos que na aplicação de técnicas de PMA deve privilegiar-se a inseminação artificial, a não ser que exista uma razão clínica que fundamente a utilização de uma outra técnica (artigo 5.º).

No que respeita a casais de mulheres pertence-lhes a decisão quanto ao membro do casal que se submete a inseminação artificial ou fertilização in vitro, a não ser que haja uma razão clínica ponderosa que não aconselhe a realização da técnica de PMA à pessoa por elas escolhida.

Havendo indicação médica para a doação simultânea de ovócitos e espermatozoides doados por terceiros deve privilegiar-se o recurso à doação de embriões.

Caso o diretor do centro de PMA considere necessária uma avaliação psicológica antes de proceder à aplicação de técnicas de procriação medicamente assistida deve informar o beneficiário desse facto e obter o seu consentimento para tal avaliação, sob pena de poder rejeitar a aplicação de qualquer técnica. A avaliação psicológica é obrigatoriamente realizada por psiquiatra ou psicólogo clínico.

O diploma define o conceito de centros autorizados públicos e privados e determina que a aplicação de técnicas de PMA a casais de mulheres e a mulheres, independentemente de um diagnóstico de infertilidade, do estado civil e da orientação sexual, só podem ser ministradas em centros de PMA devidamente autorizados pelo Ministério da Saúde⁴, depois de ouvido o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

⁴ A lista de centros autorizados pode ser consultada em http://www.cnpma.org.pt/centros_lista.aspx

Damos, ainda, nota de que a lei regula a preservação e destruição de dados pessoais, que releva em termos de identidade genética, historicidade e de casamento (artigos 17.º a 20.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro).

A conservação de dados é obrigatória, nos centros de PMA por um período de 30 anos, após o final da sua utilização clínica. O CNPMA é responsável pelos dados referentes às técnicas de PMA aplicadas no país, nomeadamente, o registo de dadores, beneficiários e crianças nascidas, devendo manter os registos de dados por um período de 75 anos. Relativamente aos cidadãos portugueses nascidos por recurso a técnicas de PMA, aplicadas no estrangeiro, desconhece-se a existência, a nível nacional, de qualquer registo que permita o acesso à identidade genética quer para efeito de saúde, quer para efeito de registo de nascimento e posterior averiguação de impedimento para casamento, que a lei consagra com base no biologismo, o que a nosso ver deve ser repensado em função dos novos vínculos de parentalidade acolhidos na lei.

Como referimos, a gestação de substituição é admissível em Portugal, desde a entrada em vigor do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que procedeu à regulamentação da Lei n.º 25/2016.

A gestação de substituição resulta de um contrato celebrado a título excecional e com natureza gratuita em que a mulher se dispõe a suportar uma gravidez, por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade (n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006).

Esta técnica de procriação está circunscrita às situações de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeçam de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou a situações clínicas que o justifiquem. A sua admissibilidade está, também, sujeita ao recurso a gâmetas de um dos respetivos beneficiários, pelo menos, e a gestante de substituição não pode ser a dadora de qualquer ovócito.

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição obedece à forma escrita e o correspondente contrato-tipo, estabelecido entre as partes, deve conter os requisitos mínimos previstos na lei, nomeadamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017).

O recurso à gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo (n.º 1 do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017 e n.º 4 do artigo 8.º da citada Lei n.º 32/2006).

Comum a todas técnicas de PMA, nas quais se inclui a gestação de substituição, é o consentimento informado previsto no artigo 14.º da referida Lei n.º 32/2006. Os beneficiários antes de se submeterem a técnicas de PMA devem ser informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização dessas técnicas, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas, após o que devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e também por escrito, perante o médico responsável. Quer

as informações quer o consentimento devem constar de documento aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.⁵

O Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que contém as regras processuais relativas à formalização e tramitação do acesso à gestação de substituição, sucintamente determina que:

- O pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, em modelo de formulário disponível no endereço eletrónico já referido, pedido que deve ser acompanhado dos documentos exigíveis e da indicação expressa dos elementos referidos no n.º 2 do artigo 2.º.

- No prazo máximo de 60 dias, a contar da apresentação do pedido de autorização prévia, o CNPMA delibera sobre a admissão ou rejeição do mesmo e, em caso de admissão, envia o processo à Ordem dos Médicos, solicitando parecer.

- A Ordem dos Médicos deve pronunciar-se no prazo máximo de 60 dias, a contar da receção da documentação, todavia, o seu parecer não é vinculativo e, se não o emitir no prazo legal, o procedimento pode prosseguir e ser decidido pelo CNPMA. Este deve autorizar ou rejeitar a celebração do contrato de gestação de substituição, no prazo máximo de 60 dias, a contar da receção do parecer da Ordem dos Médicos ou do termo do prazo da sua emissão, caso esta não emita parecer no prazo legal.

- O CNPMA pode tomar as diligências que considere necessárias para formar a sua decisão (artigos n.ºs 4 e 9 do artigo 2.º)

- O diploma contém, ainda, regras de recurso a técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde (SNS) e concede proteção na parentalidade, nomeadamente no que respeita a faltas e licença de parentalidade tendo em vista a proteção do triângulo contratual (gestante – beneficiários).

- Por último, importa referir que o acesso a técnicas de PMA em centros autorizados é permitido a residentes e não residentes em Portugal, independentemente da nacionalidade, com a consequente relevância registal.

A Procriação medicamente assistida no registo civil português.

O legislador, ao longo de um século de existência do registo civil, tem sido pouco exigente com a documentação necessária para basear o registo de nascimento que, até há bem pouco tempo, era efetuado por declaração verbal prestada perante o funcionário do registo civil. Só em 2007, com a publicação da Lei n.º 29/2007, de 2 de agosto, passou a ser obrigatório o registo hospitalar do nascimento em aplicação informática existente nas unidades de

⁵ Publicitados em http://www.cnpma.org.pt/profissionais_modelos.aspx

saúde, bem como a ser exigível o comprovativo do nascimento quando o registo se faça fora das unidades de saúde, isto é, nas conservatórias do registo civil.

Assim, o assento de nascimento relativo a crianças nascidas em Portugal, independentemente da nacionalidade dos pais, faz-se nos termos do artigo 96.º e seguintes do Código do Registo Civil (CRC). Se o nascimento ocorrer em unidade de saúde, esta deve inserir no registo informático de acesso comum às Unidades de Saúde, ao Instituto dos Registos e do Notariado, IP e à Segurança Social, dados sobre o nascimento, concretamente data, hora, sexo do menor, nome e residência da parturiente - artigo 101.º- A do referido Código – devendo salientar-se aqui que na gestação de substituição a parturiente não é a progenitora a levar ao registo. Quando o nascimento ocorra em unidade de saúde, onde não seja possível registar a respetiva declaração deve ser exibido documento comprovativo da ocorrência do parto, com indicação do nome da parturiente (n.ºs 5 e 6 do artigo 102.º do CRC). A declaração de nascimento deve ser prestada no prazo de 20 dias após o nascimento. O funcionário deve averiguar a exatidão das declarações prestadas em face dos documentos exibidos, dos registos em seu poder e das informações que lhe for possível obter, mas a realização dessas averiguações não deve impedir que o registo seja lavrado logo após a declaração (n.ºs 3 e 7 do artigo 102.º, do referido Código).

As regras acabadas de descrever aplicam-se aos registos de nascimento ocorridos em Portugal resultantes de técnicas de PMA, mesmo que a intervenção médica tenha ocorrido no estrangeiro.

A filiação e a procriação medicamente assistida

Importa, agora, refletir sobre o estabelecimento da filiação ou da parentalidade no atual ordenamento jurídico português, no contexto geral e por recurso a técnicas de PMA.

Sobre o tema se pronunciou já este Conselho nos processos CC 96/2010 SJC-CT e CC 73/2016STJ-CC, o primeiro anterior às alterações jurídicas introduzidas à matéria pelas Leis n.ºs 25/2016, de 20 de junho e 58/2017, de 25 de julho, bem como pelos Decretos Regulamentares n.º 6/2016, de 29 de dezembro e n.º 6/2017, de 31 de julho, e o segundo anterior à regulamentação da Lei.

Não podemos ignorar que, sociologicamente, a família tem sofrido profundas metamorfoses que o direito tem procurado refletir. Reflexo disso são os diplomas que aprovaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção por casais do mesmo sexo e a gestação de substituição.

Sem querermos ser exaustivos, temos de convocar algumas regras pertinentes no domínio desta matéria. Assim, o artigo 56.º do Código Civil determina que a filiação se estabelece de acordo com a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação.

O estabelecimento da filiação assenta no biologismo que tem consagração no n.º 3 do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa.

De acordo com o artigo 1797.º do Código Civil só a filiação legalmente estabelecida confere parentesco, direitos e deveres.

O atual direito português admite a filiação biológica (artigos 1803.º e seguintes do Código Civil), a filiação adotiva (artigos 1973.º e seguintes do Código Civil), e a parentalidade (n.º 7 do artigo 8.º e artigo 20.º, da Lei n.º 32/2006.)

O nascimento ocorrido em território português, independentemente da nacionalidade das partes, está sujeito a registo obrigatório, de acordo com a alínea a) do n.º 1 e n.º 2 do CRC. Por outro lado, os factos registados têm valor probatório pleno e só podem ser ilididos nas ações de estado e nas ações de registo (artigo 3.º do mencionado Código).

No que respeita a crianças nascidas no estrangeiro, sendo um ou ambos os progenitores de nacionalidade portuguesa podem beneficiar da atribuição da nacionalidade, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, na redação que lhe foi dada pela Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29 de julho.

Estipula o referido artigo 20.º, da Lei n.º 32/2006, que o nascimento de uma criança por recurso a técnicas de PMA determina a parentalidade relativamente a quem com a beneficiária tiver consentido no recurso à técnica em causa, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto.

No caso de ausência no ato de registo de quem prestou o consentimento pode ser exibido, nesse mesmo ato, documento comprovativo de que foi prestado o consentimento nos termos do artigo 14.º

Verificando-se que houve apenas consentimento da pessoa submetida a técnicas de PMA lavra-se o registo com a parentalidade apenas da gestante, sem necessidade de processo oficioso de averiguação (n.º 3 do artigo 20.º). A parentalidade estabelecida nos termos do artigo 20.º pode ser impugnada pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnicas de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não é fruto da inseminação consentida (n.º 4).

O dador de sêmen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer nem pode ser sujeito aos poderes e deveres da paternidade (artigo 21.º).

A Lei n.º 25/2006, não alterou o artigo 20.º da Lei n.º 32/2006, mas inseriu no n.º 7 do artigo 8.º uma presunção de parentalidade que não obtém consenso interpretativo doutrinal, como veremos.

De acordo com a legislação portuguesa, o recurso à gestação de substituição, como vimos, só é permitido a casais de sexo diferente, a casais de mulheres ou a mulheres sem parceiro(a), estando vedado aos homens ou casais de homens.

O estabelecimento da parentalidade a favor dos beneficiários da gestação de substituição, nos termos do n.º 7 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, relativamente aos contratos nulos, está já envolto de alguma polémica, apesar de a lei ser recente.

O n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006 comina com a nulidade os contratos de gestação de substituição gratuitos ou onerosos, que violem os direitos, liberdade e dignidade da gestante, celebrados sem que circunstâncias médicas o determinem, sem recurso a gâmetas de um dos beneficiários ou com utilização de ovócitos da gestante de substituição, celebrado sem a forma legal, e sem especificação das regras a observar em situações de malformação ou doença fetal, de interrupção da gravidez ou verificando-se a existência de subordinação económica entre as partes.

Assim, parece-nos que tendo o conservador conhecimento da existência de um contrato nulo não deve proceder ao registo do nascimento da criança como filha dos beneficiários, como se de um contrato válido se tratasse, pois tal não é permitido nos termos do artigo 280.º do Código Civil.

A propósito refere o Professor Guilherme de Oliveira que *“(...) em Portugal, no caso específico da gestação de substituição, julgo seria tecnicamente muito perturbador que a cominação da nulidade dos contratos (art. 8.º, n.º 12) acabasse negada pela produção do efeito principal deles: a atribuição da maternidade à mulher que recorre à PMA; de tal modo que a consequência desfavorável que impenderia sobre os infratores se resumiria à sanção mais infeliz que a lei podia prever: a responsabilidade criminal dos contraentes (art. 39.º)”*.⁶

Importa realçar que o conservador no exercício da sua função atua no estrito cumprimento da lei. Como bem se referiu no Processo C. Bm n.º 19/2014 STJ-CC, (...) *se, por um lado, não é lícito que o conservador exceda funções do seu ofício e, por exemplo, invada a esfera jurídica de atuação própria dos Tribunais ou de outras entidades, por outro, também é legítimo esperar que a função qualificadora seja respeitada e respeite uma linha própria de atuação, que se encontra claramente definida nas regras e princípios que enformam o nosso sistema registal.*

No que tange à importância estruturante do princípio da legalidade no «edifício» registal, Menezes Cordeiro, entre outros, sustenta que «o conservador não regista mecanicamente os actos que lhe são apresentados para registo, antes devendo assegurar-se de que são válidos nos seus diversos aspectos».

Na mesma senda, também Oliveira Ascensão salienta que «por se ter optado entre nós pela legalidade substancial, o conservador é o guardião ou sentinela da legalidade».

Decorrentemente, os poderes de qualificação dos atos de registo peticionados são exercidos com imparcialidade, independência (semelhante, neste tocante, à do poder judicial, caracterizando-se, por via disso, como «parajudicial») e autonomia funcional, devendo, como é óbvio, o conservador pautar a sua conduta por critérios de estrita legalidade (...).”

O conservador na sua atuação deve aplicar quer as normas registais, quer as normas de direito substantivo adequadas.

⁶ Guilherme de Oliveira - Estabelecimento da Filiação Draft jan 2018.

No plano estritamente prático, importa referir que no ato de registo de nascimento, o conservador dificilmente conhecerá da existência de recurso a técnicas de PMA ou a gestação de substituição, tenha ela ocorrido em território nacional ou no estrangeiro, pois, para que se registre o nascimento basta que os declarantes exibam o documento comprovativo do facto (n.ºs 3, 5 e 6 do artigo 101.º do Código do Registo Civil), e que no que respeita aos nascimentos ocorridos no estrangeiro, pode ser substituído pela apresentação de certidão do registo de nascimento, emitida pelas autoridades locais.

No âmbito da sua competência jurídica, perante a informação de que dispõe, ao conservador incumbe apreciar a registabilidade dos factos face ao direito substantivo aplicável. Assim, no que respeita à declaração de nascimento deve ter em consideração as normas aplicáveis ao estabelecimento da filiação biológica ou da parentalidade nos termos da Lei n.º 32/2006, devendo ainda, sempre que a situação o reclame, ponderar os elementos de conexão previstos no artigo 56.º do Código Civil.

A lei portuguesa permite que os estrangeiros se submetam a técnicas de PMA em Portugal, devendo nestas situações a criança ser registada nos órgãos de registo civil português, de acordo com a lei da nacionalidade comum dos pais ou da sua residência habitual ou, na ausência delas, de acordo com a lei pessoal do filho.

Os portugueses residentes em Portugal que celebrem contratos de gestação de substituição nulos, por não serem permitidos pela nossa lei, não podem beneficiar da inscrição da parentalidade no registo de civil. Pela mesma razão, não podem beneficiar da parentalidade os homens ou casais de homens que recorram à gestação de substituição, em Portugal ou no estrangeiro, sem prejuízo da admissibilidade do estabelecimento da filiação (biológica) relativamente ao progenitor que forneceu o material genético.

Doutrinalmente poderia defender-se com base no princípio do superior interesse da criança, consagrado no artigo 3.º da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito da Criança que a filiação nos contratos nulos, celebrados no estrangeiro fica sempre estabelecida relativamente aos pais intencionais.⁷ Não concordamos, com esta interpretação ampla, aliás, na esteira do que referem Nuno Ascensão Silva e Geraldo Rocha Ribeiro “ (...) *uma posição de tratamento favorável ao reconhecimento das situações jurídicas constituídas à luz do direito estrangeiro ameaça o princípio da igualdade.* (...)”⁸ e acrescentam (...) *não é legítimo simplificar o problema e tender para uma autonomização do superior interesse da criança como exclusivo factor legitimante e, conseqüentemente, validante, da maternidade tout court, é certo que não excluimos que possam existir casos em que isso possa suceder, mas tal passará sempre por um juízo constitutivo proferido por uma autoridade jurisdicional do foro.* (...)”⁹

⁷ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) em conflitos sobre procriação medicamente assistida tem invocado a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 8.º) e a Convenção da Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (n.º 1 do artigo 3.º), ora para admitir a parentalidade, porém tem também decidido que este princípio não pode sobrepor-se ao da liberdade de cada Estado regular a matéria, com as restrições que entender.

⁸ Pag 54 Cadernos do Cenor- Centro de Estudos Notariais e Registas 3

⁹ Obra citada página 58

A propósito do superior interesse da criança e no que respeita aos efeitos da nulidade dos contratos de gestação para estabelecimento da parentalidade refere o Professor Guilherme de Oliveira (...) *teria de se enfrentar a questão de saber por que razão esta ponderação do interesse da criança só valeria no âmbito restrito da gestação da substituição, e não em todo o estabelecimento da maternidade e da paternidade; assim, uma parturiente vulgar poderia não ser autorizada a assumir o estatuto de mãe depois de um juízo desfavorável sobre a sua competência para criar o filho? E se alguma autoridade pudesse fazer este juízo, seria concebível simplificar o processo de adoção... e entregar mais facilmente a criança a uma mulher diferente da que tem o parto?* (...) ¹⁰

Em resumo, relativamente à celebração em Portugal de negócios jurídicos de gestação de substituição, entendemos que não podem criar uma relação de parentalidade suscetível de ser inscrita no registo civil português, sempre que os mesmos negócios sejam nulos por força do disposto no n.º 12 do artigo 8.º da referida Lei n.º 32/20016.

Todavia, a questão do presente processo prende-se essencialmente com a celebração de contratos de gestação de substituição celebrados no estrangeiro por cidadãos portugueses e o reconhecimento, ou não dos seus efeitos para o registo do nascimento em Portugal.

Sendo certo que os cidadãos portugueses podem ptar por celebrar contrato de gestação de substituição no estrangeiro de acordo com as regras do país da celebração, parece-nos que aquele contrato celebrado de acordo com a *lex loci* é como tal válido nesse país.

De acordo com o artigo 41.º do Código Civil, os negócios jurídicos celebrados no estrangeiro são regulados pela lei que os respetivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista e podem produzir efeitos em Portugal desde que respeitem o princípio da ordem pública internacional do Estado português, conforme o estipulado no artigo 22.º do mesmo Código.

Pretendendo os beneficiários prevalecer-se daquele contrato para o registo de nascimento do menor em Portugal, afigura-se-nos que o contrato deve ser aceite ainda que oneroso, desde que respeite os princípios estruturantes que presidiram à admissibilidade do contrato de gestação em território nacional: o carácter excecional do recurso à gestação de substituição, a aproximação, na medida do possível, à verdade biológica e o respeito pela dignidade humana de todas as pessoas envolvidas.

Relativamente aos contratos celebrados no estrangeiro, muitas situações práticas inimagináveis se colocarão. Caso a caso, atendendo à sua função qualificadora, o conservador deve ponderar a sua conformidade às normas aplicáveis, quer de direito interno, quer de direito internacional privado.

¹⁰ In Estabelecimento da Filiação – Draft jan de 2018 –

<http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Estabelecimento-da-Filiac%CC%A7a%CC%83o.pdf>

Por último referimos que os serviços consulares desempenham a título excecional a função de órgãos de registo civil, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do Código do Registo Civil e do Decreto-Lei nº 71/2009, de 31 de março, pelo que lhes compete aplicar o direito adjetivo e substantivo, nos mesmos termos em que o fazem os conservadores.

Julgamos ter dado uma perspetiva geral da legislação em vigor em resposta ao pedido do Ministério dos Negócios Estrangeiros e ter habilitado a Embaixada da Ucrânia a responder à Clínica, com exceção da última questão colocada, relativa ao procedimento de saída de criança da Ucrânia, estando os pais biológicos em Portugal, cuja matéria, sob o ponto de vista da sua entrada no território nacional, é da responsabilidade do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

Sabemos que não damos resposta a todas as hipóteses possíveis de imaginar e que em breve situações concretas nos conduzirão a novas reflexões.

Em resposta à questão formulada pelo Gabinete da Secretária de Estado da Justiça, julgamos pertinente que se levem a cabo ações de formação sobre a matéria, com principal incidência na aplicação das regras de direito internacional privado.

Pelo exposto extraímos as seguintes conclusões:

I – A técnica de procriação medicamente assistidas (PMA) é um método subsidiário, e não alternativo, de procriação – n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

II - Podem ser beneficiários das técnicas de PMA casais de sexo diferente, casais de mulheres, casados ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

III - A gestação de substituição pressupõe a existência de um contrato, celebrado a título excecional e de natureza gratuita, em que a mulher se dispõe a suportar uma gravidez, por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade -n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006.

IV – A gestação de substituição só é admissível nas situações 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. A sua admissibilidade está, também, sujeita ao recurso a gâmetas de um dos respetivos beneficiários, pelo menos, e a gestante de substituição não pode ser a dadora de qualquer ovócito.

V - Só a filiação e a parentalidade legalmente estabelecidas conferem parentesco, direitos e deveres artigo 1797.º do Código Civil, e nos artigos 8.º n.º 7 e artigo 20.º da citada Lei n.º 32/2006.

VI - Os contratos de gestação de substituição, celebrados em território nacional, nulos nos termos do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, não produzem quaisquer efeitos, como decorre do artigo 280.º do Código Civil, pelo que não permitem a inscrição no registo civil da parentalidade a favor dos beneficiários.

VII- Os contratos de gestação de substituição validamente celebrados no estrangeiro produzem efeitos em Portugal, no âmbito do estabelecimento da parentalidade no respetivo registo de nascimento, desde que respeitem os princípios estruturantes que presidem à admissibilidade da gestação de substituição no território nacional – artigos 41º e 22.º do Código Civil e 8.º da Lei n.º 32/2006.

Parecer aprovado em sessão do Conselho Consultivo de 15 de março de 2018.

Paula Marina Oliveira Calado Almeida Lopes, relatora, Maria Regina Rodrigues Fontainhas, Maria de Lurdes Barata Pires de Mendes Serrano, Benilde da Conceição Alves Ferreira.

Este parecer foi homologado pelo Senhor Presidente do Conselho Diretivo em 23.03.2018.