

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E ACESSO DE TODAS AS  
MULHERES À PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA EM  
PORTUGAL: AS LEIS DE 2016 E AS PROFUNDAS TRANSFORMAÇÕES  
NO DIREITO DA FILIAÇÃO\* \*

SURROGACY AND THE ACCESS TO ALL WOMEN TO ASSISTED REPRODUCTION  
TECHNIQUES IN PORTUGAL: LAWS OF 2016 AND PROFOUND CHANGES IN THE  
RIGHT OF MEMBERSHIP

Dr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA  
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Diretor do Centro de Direito Biomédico  
[andreper@fd.uc.pt](mailto:andreper@fd.uc.pt)

*RESUMEN:* O regime da “gestação de substituição” implementado em Portugal, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, pode abrir as portas a uma contratualização do estabelecimento da maternidade, pelo que se impõe uma fiscalização apertada. Por outro lado, o direito de todas as mulheres a procriar (Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho) sobrepôs-se ao direito de a criança conhecer e manter uma relação jurídica e familiar com ambos os progenitores, direito esse que ao longo do último século se vinha afirmando pelas correntes mais progressistas. Por seu turno, o caráter subsidiário da PMA foi também postergado, uma vez que se garante o acesso de qualquer mulher, ainda que fértil e heterossexual, às técnicas de PMA. Assim, o direito da filiação e o regime da procriação medicamente assistida foram seriamente transformados pelas alterações legislativas ocorridas em 2016.

*PALABRAS CLAVE:* Filiação; PMA; gestação de substituição; direito à identidade pessoal; direito ao conhecimento das origens genéticas.

*ABSTRACT:* The surrogacy Act (Law no. 25/2016, of August 22), may open the doors to the establishment of the maternity in Portugal by means of contract, reason why a tight inspection is required. On the other hand, the right of all women to procreate (Law no. 17/2016 of 20 June) overlapped the right of the child to know and maintain a legal and family relationship with both parents, a right that during the last century was advocated by progressive voices. In turn, the subsidiary character of the PMA has also been postponed, since it guarantees the access of any woman, however fertile and heterosexual, to the assisted reproduction techniques. Thus, the right of membership and the system of medically assisted procreation were seriously transformed by legislative changes in 2016.

---

· O Autor agradece a colaboração do Dr. Mickael Martins, Investigador do Centro de Direito Biomédico e Mestrando em Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

· Trabalho integrado nas atividades do Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013).

*KEY WORDS: Family affiliation; Assisted Reproduction Techniques; surrogacy; right to personal identity; right to knowledge of genetic origins.*

SUMARIO: I. MATER SEMPER CERTA EST.- II. A LEI 25/2016, DE 22 DE AGOSTO E A CONTRATUALIZAÇÃO DA MATERNIDADE.- III. ALTERAÇÕES À LEI DE PMA E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DA FILIAÇÃO.- 1. Princípios inerentes ao estabelecimento da filiação.- 2. Um século de luta contra a paternidade desconhecida.- A) Estabelecimento de prazos para a propositura da ação.- IV. DA PMA ENQUANTO INTERVENÇÃO TERAPÊUTICA À PMA ENQUANTO MEIO DE ACESSO À MATERNIDADE.- V. A LEI 17/2016, DE 20 DE JUNHO: O REGRESSO DOS FILHOS DE PAI INCÓGNITO! - VI. CONCLUSÃO.

## I. MATER SEMPER CERTA EST.

O regime tradicional do estabelecimento da maternidade encontra-se previsto no artigo 1796.º CC e decorre, nos termos do mesmo, do puro facto biológico do parto<sup>1</sup>, sem necessidade de um ato subsequente de perfilhação.

A verdade biológica do estabelecimento da maternidade é tutelada juridicamente, para além das regras registrais, pelo próprio direito criminal, uma vez que o artigo 248º do Código Penal prevê e pune a hipótese de alguém fazer figurar no registo civil nascimento inexistente ou usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou a posição jurídica familiar de outra pessoa, com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias<sup>2</sup>. Além disso, o CC reconhece, no artigo 1807.º, a possibilidade de impugnação da maternidade, caso a estabelecida não seja a verdadeira.

Numa palavra: para o direito da filiação português, a maternidade é imposta *ope legis* (desconsiderando a vontade da mulher) e o critério determinante é o do parto.

Com efeito, a “roda dos enjeitados” foi abolida em 1867<sup>3</sup>. Por toda a Europa ao longo dos finais do século XIX e inícios do século XX foi sendo abolido esse instituto da roda dos enjeitados, mas verifica-se um regresso a essa possibilidade em vários países<sup>4</sup>, designadamente em França onde vigora, desde 1941, o instituto do “accouchement sous X”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre os modelos de regime para o estabelecimento da maternidade, *vide* PEREIRA COELHO, F., y FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, II-1, Coimbra, 2006, pp. 57 e ss.

<sup>2</sup> Artigo 248º CP (crime de falsificação de estado civil).

<sup>3</sup> Porém, o Código do Registo Civil prevê a hipótese de registo de abandonados (arts. 105.º e ss.) – cf. PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., p. 22.

<sup>4</sup> O Deutscher Ethikrat pronunciou-se sobre a matéria em parecer de 26 de novembro 2009, “Das Problem der anonymen Kindesabgabe”, recomendando o abandono dessa prática.

<sup>5</sup> Cf. article 326 du Code Civil français, alinéa unique “Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé”, bem como o article L.222-6 (ou L. 222-6) do Code de l'action sociale et des familles.

## II. A LEI 25/2016, DE 22 DE AGOSTO E A CONTRATUALIZAÇÃO DA MATERNIDADE.

O princípio tradicional de estabelecimento da maternidade entra em crise com a gestação de substituição, “sobretudo quando a mulher que pretende o filho fornece o seu óvulo, para que o embrião seja gerado pela mãe substituta”<sup>6</sup>.

A Lei 25/2016, de 22 de Agosto regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Segundo esta lei, a gestação de substituição consubstanciará aquelas situações em que uma 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<sup>7</sup>. A admissão da celebração de negócios jurídicos nestas circunstâncias tem caráter excepcional e serão sempre de natureza gratuita. Além do mais, a sua celebração carece de autorização prévia do CNPMA, a qual deverá ser precedida por uma solicitação de parecer à Ordem dos Médicos<sup>8</sup>.

Os contratos celebrados neste âmbito deverão ser reduzidos a escrito, onde deve constar, obrigatoriamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez<sup>9</sup>.

Realça-se a proibição de qualquer tipo de pagamento/doação por parte dos beneficiários à gestante de substituição, admitindo-se tão-somente o pagamento do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde da gestante.

Nos termos do artigo 8º, n.º 11, é proibida a imposição de restrições de comportamentos à gestante de substituição.

Os negócios jurídicos que não respeitem o disposto no artigo 8º da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 25/2016, serão considerados nulos.

O Decreto-Regulamentar 06/2017, de 31 de julho veio regulamentar a inovadora Lei de 2016. Com base no disposto no artigo 2.º, n.ºs 2, 3 e 6 do decreto regulamentar, o pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado ao CNPMA, através de formulário disponível no respetivo sítio de Internet, cujo modelo é criado por aquele Conselho, e deve ser subscrito conjuntamente pelo casal beneficiário e pela gestante de substituição. No prazo máximo de 60 dias a contar da apresentação do referido pedido, o CNPMA delibera sobre a admissão ou rejeição do pedido de autorização prévia e, em caso de

---

<sup>6</sup> PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., p. 59.

<sup>7</sup> Artigo 8º/1 da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 25/2016.

<sup>8</sup> A primeira autorização ocorreu em dezembro de 2017, sendo a mãe da mulher infértil que irá gerar no seu útero o seu futuro neto.

<sup>9</sup> Artigo 8º, n.º 10.

admissão, solicita o parecer da Ordem dos Médicos que, igualmente nos termos do decreto, não tem caráter vinculativo e, em caso de falta de emissão de parecer, o procedimento pode prosseguir os seus termos e ser decidido sem o mesmo.

Interessa-nos aqui abordar a problemática da validade do contrato e as consequências dessa (in)validade, dado que na redação original do projeto deste Decreto Regulamentar constava, no seu artigo 3.º, n.º 5, o seguinte: “em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respetivos beneficiários”.

Como vimos, a Lei 25/2016 pretendia admitir a celebração deste tipo de contratos em condições absolutamente excecionais e considera nulos – e em alguns casos até criminalmente puníveis<sup>10</sup> - todos aqueles negócios que não respeitem as rigorosas condições formais, procedimentais e substanciais que rapidamente enunciamos. Tal solução parecia-nos um benefício ao infrator!

Como bem assinalou o Parecer 92/CNECV/2017, de janeiro de 2017, “não se compreende que o diploma regulamentador venha atribuir a um contrato nulo efeitos idênticos a um contrato válido”. E conclui, “não é aceitável, do ponto de vista ético, que alguém possa obter, através de um contrato de gestação em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais. Tal solução não dissuadiria as práticas ilegais e proporcionaria ocasiões de exploração das mulheres gestantes que se pretende limitar ao máximo”<sup>11</sup>.

Em boa hora, o legislador terá atendido às críticas formuladas pelo CNECV e as críticas tecidas pela doutrina, pelo que aquela norma foi afastada do texto aprovado pelo Governo e publicado em Diário da República<sup>12</sup>.

Esteve bem o legislador ao não consagrar uma “regularização do ilícito” automático que seria um convite ao desrespeito pelas condições rigorosas e restritivas com que se quis regulamentar a gestação de substituição em Portugal. Naturalmente que se surgirem casos concretos de uma atuação à margem da lei, terão os tribunais que decidir – casuisticamente – qual a solução adequada, atendendo à primazia do “melhor interesse da criança”, como vem exigindo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>13</sup>. Ou seja, admito que – no caso concreto – seja adequado vir a

---

<sup>10</sup> Cf. artigo 39.º, introduzido pela mesma Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

<sup>11</sup> Página 10 do referido Parecer 92/CNECV/2017.

<sup>12</sup> Diário da República n.º 146/2017, Série I de 2017-07-31.

<sup>13</sup> Estamos cientes que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou a França – nos casos “*Menesson v. France and Labassee v. France* 26 June 2014” (Chamber judgments) - pois considerou ser “o melhor interesse da criança” ser registada como filha do “casal beneficiário”, apesar de esse casal ter ilegalmente recorrido à maternidade de substituição (no estrangeiro), tendo aí obtido o estabelecimento da filiação. Por seu turno, no caso “*Paradiso and Campanelli v. Italy* 24 January 2017” (Grand Chamber judgment), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não condenou a Itália. Note-se que neste caso nenhum dos membros do “casal beneficiário” teria

reconhecer relações familiares entre o casal beneficiário (contratante) e a criança nascida após um procedimento ilegal. Mas tal deve ser decidido – no caso concreto – por um juiz.

Uma última nota para expressarmos a nossa discordância face a que – pelo menos nesta fase inicial – se não tivesse limitado esta técnica às pessoas residentes em Portugal, evitando assim que o nosso país se torne um destino de turismo procriativo neste domínio eticamente tão controverso<sup>14</sup>. Com efeito uma parte substancial dos pedidos que têm chegado ao CNPMA são oriundos de Espanha...<sup>15</sup>

Por exemplo, o Parlamento Europeu, na sua Resolução de 17 de dezembro de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria, afirmou: “115. Condena a prática de gestação para outrem, que compromete a dignidade humana da mulher, pois o seu corpo e as suas funções reprodutoras são utilizados como mercadoria; considera que a prática de gestação para outrem, que envolve a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para ganhos financeiros ou outros, nomeadamente de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos”.

Em suma, o novo regime luso da “gestação de substituição” pode abrir as portas a uma contratualização do estabelecimento da maternidade, pelo que se impõe uma fiscalização apertada, com vista a evitar abusos.

### III. ALTERAÇÕES À LEI DE PMA E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DA FILIAÇÃO.

A Lei 32/2006, de 26 de Julho, foi alterada em dois aspetos estruturais. Por um lado, deu-se um alargamento do âmbito de beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (doravante, PMA) através da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, e simultaneamente colocou-se em causa a natureza terapêutica deste procedimento médico.

A partir do Código Civil de 1966, mas, sobretudo, a partir da Reforma de 1977, o Direito da Filiação foi-se alicerçando em determinados valores/princípios em ordem

---

ligação biológica com a criança. Cf. VILAR GONZÁLEZ, S.: *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia a California (EE.UU.) y Portugal*, Castellón de la Plana, Universidad Jaume I, 2017, pp. 287 ss. ; e ainda.

<sup>14</sup> Veja-se – com uma posição contrária à regulamentação desta técnica – o Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

<sup>15</sup> Sobre este tópico e concomitantemente para uma análise do regime vigente em Espanha no que concerne às técnicas de procriação medicamente assistida, *vide* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, *Scritti in Onore di Giovanni Furguete* (coord. G. CONTE e S. LANDINI), Tomo I, Mantova, 2017, pp. 583-614.

à proteção da família e ao estabelecimento de laços afetivos, de entre os quais o princípio da verdade biológica, evidenciando a “intenção de se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica”<sup>16</sup> e, concomitantemente, pela emergência do direito ao conhecimento das origens genéticas, entendido como a faculdade de “aceder à identidade dos respetivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente”<sup>17</sup>.

Não pretendemos ignorar as transformações sociológicas na estrutura da família, mas tão-somente avaliar a subsistência daqueles princípios em face das recentes alterações legislativas e alertar para as consequências jurídicas ao nível do direito da filiação.

Em 2016 o legislador veio reequacionar a estrutura do direito da filiação erigido nas últimas décadas, quer no que respeita ao estabelecimento da maternidade e da paternidade.

### 1. Princípios inerentes ao estabelecimento da filiação.

O direito da filiação<sup>18</sup> encontra os seus grandes princípios, em primeira linha, na Constituição. Relevamos, nesta sede, o direito de constituir família, no sentido de que a todos é reconhecido o direito de ver juridicamente estabelecidos os vínculos de parentesco, a não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do mesmo, obstando-se à colocação de entraves ao estabelecimento da filiação fora do casamento. Também o princípio da proteção da família, efetivando-se as condições que permitam a realização pessoal dos membros da família e, em particular, no ponto em que se impõe a regulamentação da procriação medicamente assistida, dado que a mesma implica a constituição de vínculos de parentesco.

Embora não diretamente atinentes às relações familiares, importa ainda considerar o direito à identidade pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade, ambos consagrados no artigo 26º CRP.<sup>19</sup> O primeiro consiste, por um lado, “num direito a ter um nome, de não ser privado dele, de o defender e de impedir que outrem o utilize (sem prejuízo dos casos de homonímia)”<sup>20</sup> e, por outro, num direito à historicidade pessoal, querendo significar o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores<sup>21</sup>. Já o direito ao desenvolvimento da personalidade “consagra uma

---

<sup>16</sup> PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., p. 53.

<sup>17</sup> VALE E REIS, R.: *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, 2008, p. 13.

<sup>18</sup> Seguimos de perto PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., pp. 49-55.

<sup>19</sup> Sobre o fundamento do direito ao conhecimento das origens biológicas na Constituição Portuguesa e a discussão em torno da sua categorização como direito especial de personalidade, *vide* VALE E REIS, R.: *O direito*, cit., pp. 56 e ss.

<sup>20</sup> PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., pp. 50-53.

<sup>21</sup> Relevante, v.g., em torno da discussão do anonimato ou não do dador de gâmetas.

liberdade geral de ação, em ordem à autonomia e autodeterminação individuais”<sup>22</sup>. No que respeita aos princípios de ordem pública estruturantes do Direito da Filiação, destacam-se o princípio da verdade biológica e o princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação.

Relativamente ao primeiro, constata-se a intenção, por parte do nosso sistema de estabelecimento da filiação de “se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica”, na medida em que os vínculos biológicos tenham uma “tradução jurídica fiel”<sup>23</sup>. Não obstante, este princípio deve coadunar-se com a previsão de mecanismos jurídicos de correção, v.g., nos casos em que, da aplicação das normas de estabelecimento da filiação, nos deparemos com um resultado falso – falamos, por exemplo, da possibilidade de impugnação da maternidade e/ou da paternidade<sup>24</sup>.

Quanto ao segundo, afirma-se que a constituição de vínculos pode apenas e só operar através dos modos taxativamente previstos na lei. Contudo, a imperatividade da lei na consagração dos modos de estabelecimento da filiação em nada colide com a constatação de que certos mecanismos previstos na lei dependem da vontade dos particulares, quais sejam, v.g., o ato de iniciar uma investigação da paternidade<sup>25</sup>.

## 2. Um século de luta contra a paternidade desconhecida.

“Ao contrário do regime legal quanto ao estabelecimento da maternidade – que não tem diferenças pelo facto de a mãe ser casada ou solteira – no regime da paternidade tem de se tomar em conta esta alternativa”<sup>26</sup>.

Com efeito, havendo matrimónio vale a presunção *pater is est quod nuptias demonstrant*, estabelecida no artigo 1826º CC, e segundo a qual se presume que o pai é o marido da mãe<sup>27</sup>. Estamos perante uma presunção legal que, não obstante sê-lo, se trata de uma presunção *iuris tantum*, no sentido em que admite prova em contrário do facto presumido<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., p. 51.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>24</sup> Importa também não esquecer os casos de inseminação artificial heteróloga em que o marido que consente é considerado pai, muito embora fosse tecnicamente muito fácil demonstrar que biologicamente o não é.

<sup>25</sup> Para mais desenvolvimentos, PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., pp. 54 e 55.

<sup>26</sup> PEREIRA COELHO, F., y FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., p. 86.

<sup>27</sup> Menção obrigatória da paternidade – artigo 1835º CC.

<sup>28</sup> Discute-se, no seio da doutrina, da admissibilidade de extensão da presunção de paternidade à união de facto, dado que, muito embora a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que adota medidas de proteção da união de facto, não tenha estendido aquela presunção àquele que vive em união de facto com a mãe do filho, o certo é que a mesma pressupõe condições análogas às dos cônjuges. Todavia, há uma objecção operacional ao funcionamento desta presunção tão forte (que opera não apenas em processo judicial, mas logo em sede administrativa, de registo): é que não sendo a união

Não sendo casado, o homem goza dos demais mecanismos de estabelecimento da paternidade, quais sejam: a perfilhação, a averiguação oficiosa de paternidade e a ação de investigação da paternidade.

GUILHERME DE OLIVEIRA defende existir um dever jurídico de perfilhar, de modo a que o pai assuma a sua responsabilidade pelo filho e não apenas de um mero dever moral ou de consciência, ou, ainda, próximos de um dever cujo cumprimento não pode ser exigido<sup>29</sup>. E fundamenta a sua posição, alegando que se o sistema vigente a partir de 1967 estabelece a obrigação de averiguar officiosamente a paternidade quando a mesma reste incógnita no assento de nascimento, “isto significa que a descoberta da paternidade, além de constituir um interesse relevante do filho que, por isso, dispõe da ação de investigação, constitui também um interesse público”<sup>30</sup>. Assim, existindo um dever jurídico de perfilhar, entende o autor que a omissão culposa da perfilhação viola um direito alheio e gera a obrigação de indemnizar nos termos gerais da responsabilidade civil.

Por outro lado, dispõe o artigo 1859º CC que a perfilhação que não corresponda à verdade é impugnável em juízo mesmo depois da morte do perfilhado, acrescentando no seu n.º 2 que a mesma ação pode ser intentada a todo o tempo. Quer isto dizer que a ação de impugnação é imprescritível, evidenciando assim o interesse público na descoberta da verdade biológica, e da coincidência tanto quanto possível entre o Direito e as realidades de sangue.

Tudo a confluir em que há um interesse público no estabelecimento da paternidade (biológica) que tem sido altamente valorado.

Por outro lado, com o intuito de eliminar os casos de *progenitura incógnita*, foi introduzido em 1966 o instituto da averiguação oficiosa da paternidade. Assim, quando seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a

---

de facto registada, como poderia a conservatória do registo civil ter conhecimento da mesma? Como refração desta aproximação entre o casamento e a união de facto no que tange ao estado das pessoas veja-se, a este propósito, o artigo 20.º, n.º1 da Lei 17/2016, de 20 de Junho, que procede à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (alargamento dos beneficiários das técnicas de PMA), que considera a criança nascida por força do recurso a técnicas de PMA também como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nomeadamente a pessoa que com ela esteja unida de facto.

<sup>29</sup> Como no caso das obrigações naturais.

<sup>30</sup> FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: “Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 410/2011 do Tribunal Constitucional”, *Lex Familiae*, Ano 9, 2012, pp. 107 – 115. E o autor vai mais longe: defende a eliminação das diferenças entre o estabelecimento da paternidade e da maternidade que não decorram de fatores biológicos ou por dificuldades de prova específicas.

fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai, nos termos do artigo 1864º CC<sup>31</sup>.

São poucas as situações em que não é admitida a averiguação officiosa da paternidade, previstas no artigo 1866º CC. A alínea a) deste artigo refere-se aos casos de incesto – se antes, em 1867 e em 1966 vigorava a imperfilhabilidade dos filhos incestuosos, a partir da Reforma de 77, a filiação pode ser estabelecida por ato de perfilhação ou por ação de investigação, que resultam da “vontade e da iniciativa dos interessados, mas não através de um procedimento officioso”<sup>32</sup>. A segunda situação prevista é a de terem decorrido dois anos sobre a data do nascimento – reflexo, por um lado, de uma certa cautela, a fim de não onerar os agentes com procedimentos dificultados, v.g., pelo perecimento das provas e, por outro, de um estímulo, em ordem ao estabelecimento célere do vínculo<sup>33</sup>.

Por seu turno, estabelece o artigo 1867º CC a obrigatoriedade de o Ministério Público promover a instauração de ação de investigação, independentemente do prazo a que se refere a alínea b) do artigo 1866º, quando se considere provada em processo crime a cópula em termos de constituir fundamento para a mesma. Ou seja, a lei de 1977 revela-se tão ciosa de constituir relações de paternidade (biologicamente fundadas) que até em casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher deve o Ministério Público instaurar a competente ação de investigação. E tudo isto independentemente da vontade da mulher!<sup>34</sup>

É esta a intencionalidade do direito da filiação pré-2016: o estabelecimento de relações de filiação, de base biológica e a garantia de que a criança beneficia de dois progenitores....

Esse mesmo propósito pode ser constatado na evolução do regime da ação de investigação da paternidade no último século. Esta ação revela-se de extrema importância prática, advindo já do direito romano. Entre nós, no Código de Seabra, a investigação da paternidade era proibida, exceto nos casos de escrito de pai, de posse de estado, estupro violento e rapto – o motivo tradicionalmente apontado para esta proibição era o de que não era possível demonstrar a existência do vínculo biológico. Com efeito, à época, “a imposição judicial da paternidade envolvia

---

<sup>31</sup> Merece particular destaque o artigo 1865º/4 CC, dispondo o mesmo que “se o pretense pai negar ou se recusar confirmar a paternidade, o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da ação de investigação da paternidade”.

<sup>32</sup> PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., p. 198.

<sup>33</sup> Sobre o prazo de dois anos e a discussão em torno da contagem a partir do nascimento ou a partir do momento em que o mesmo é levado ao registo, *vide* PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., pp. 199 e ss.

<sup>34</sup> E após a constituição dessa relação jurídica de filiação/ paternidade, como é natural, todas as normas relativas aos efeitos da filiação se tornam operantes, pelo que – no limite – o homem que violou uma mulher, pode – em tese - vir a exercer responsabilidades parentais relativamente ao menor.

arbítrio, incerteza e possibilidade de abuso”<sup>35</sup>, já para não nos referirmos à elevadíssima margem de erro inerente.

Esta proibição manteve-se inalterada até à entrada em vigor do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 – o diploma em causa veio acrescentar duas hipóteses ao leque restrito de situações em que a ação de investigação era admitida: sedução com abuso de autoridade, abuso de confiança ou promessas de casamento e convivência notória. Com o Código Civil de 1966, passou a admitir-se também a ação nos casos de concubinato simples e sedução simples.

Já em 1977, aquando da Reforma que adaptou o Código Civil à Constituição democrática de 1976, a tradicional justificação da dificuldade e perecimento da prova vai enfraquecendo à medida que se constata uma melhoria crescente dos meios de prova científica da paternidade<sup>36</sup>. Verificou-se uma mudança no domínio dos valores dominantes no âmbito da filiação – os valores da segurança jurídica dos pretensos pais, o interesse em estabilizar a família conjugal, o interesse da proteção do (eventual) réu contra pretensões tardias – denominadas caças à fortuna – diminuem na razão inversa à afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na vertente de salvaguarda da sua autonomia e do direito ao conhecimento das origens genéticas<sup>37</sup>.

#### *A) Estabelecimento de prazos para a propositura da ação.*

Já desde 1988 se discutia o problema da inconstitucionalidade dos prazos de caducidade previstos no artigo 1817º, n.ºs 1, 3 e 4<sup>38</sup>. Numa primeira fase, o Tribunal deliberou sempre no sentido da compatibilidade das normas com os princípios constitucionais, alegando que o regime definia um “condicionamento do direito de investigar, mais do que uma verdadeira restrição”<sup>39</sup>.

Nos últimos 15 anos constata-se uma mudança de paradigma: a falência das tradicionais razões apontadas de proteção do pretenso progenitor, a par dos desenvolvimentos da genética – que conduziram à generalização das provas científicas –, a procura da verdade biológica e a salvaguarda do direito à identidade, à integridade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e, ainda, do princípio da não discriminação dos filhos nascidos dentro e fora do casamento reacenderam a discussão em torno do estabelecimento de prazos para a ação de investigação da

---

<sup>35</sup> PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., p. 206.

<sup>36</sup> Neste sentido, dispõe o Acórdão do Tribunal Constitucional 401/2011, de 22/09: “da evolução da jurisprudência constitucional nesta temática constata-se que perante o fim do receio do envelhecimento e aleatoriedade da prova, face aos avanços científicos que permitiram o emprego de testes de ADN com uma fiabilidade próxima da certeza (...)”.

<sup>37</sup> Sobre a legitimidade, os pressupostos e o objeto do processo, *vide* PEREIRA COELHO, F., y FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., pp. 209 e ss.

<sup>38</sup> PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., pp. 247 e ss.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 247.

paternidade.

No Ac. 486/2004 do Tribunal Constitucional, de 7 de julho, apreciou-se a questão da constitucionalidade do prazo-regra estabelecido no artigo 1817º/1, concluindo-se pela inconstitucionalidade da norma. O Tribunal considerou que a exclusão do direito de investigar, logo a partir dos vinte anos de idade, tem como consequência uma *diminuição essencial* (sublinhado nosso) dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, violando os artigos 26º/1, 36º/1 e 18º/2 da CRP.<sup>40</sup>

Em 2006, o Ac. 23/2006 do Tribunal Constitucional, de 10 de Janeiro declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 1817º CC, aplicável por remissão do artigo 1873º do mesmo Código, na medida em que prevê um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigador para a caducidade do direito de investigar a paternidade. No seguimento da publicação do Acórdão 23/2006 do Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu a imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade, considerando, assim, o direito a conhecer a paternidade como um direito inviolável e imprescritível.

Numa reponderação dos interesses em jogo, a Lei 14/2009, de 01 de abril altera a redação do artigo 1817º CC, estabelecendo o prazo de 10 anos após se atingir a maioridade ou emancipação. Além disso, nos termos do artigo 1817º/3, a ação pode ainda ser proposta nos três anos posteriores v.g., quando o investigador tenha tido conhecimento, após o decurso do prazo previsto no n.º 1, de factos ou circunstâncias que justifiquem a investigação, designadamente quando cesse o tratamento como filho pelo pretense pai. Como nota GUILHERME DE OLIVEIRA, “o novo regime continuou a evitar a imprescritibilidade das ações, embora tenha tornado o quadro legal mais favorável às pretensões dos eventuais filhos investigadores”<sup>41</sup>.<sup>42</sup>

Em suma, se antes de 1910 a forma segura de uma criança ter um pai era a sua mãe ser casada, desde 2006 (e 2009) o direito ao conhecimento das origens e à investigação da paternidade alcançou um patamar fortíssimo no plano jurídico, reforçando os avanços já garantidos pela genética forense.

---

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 253.

<sup>41</sup> Para uma análise crítica, *vide* FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: “Caducidade”, cit., pp. 107-115.

<sup>42</sup> O debate doutrinário continuou intenso e a lei foi mesmo sujeita ao teste de constitucionalidade, tendo o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 401/2011, de 22/09 decidido “não julgar inconstitucional a norma do artigo 1817º/1 CC, na redação da Lei n.º 14/2009, de 01 de Abril, na parte em que, aplicando-se às ações de investigação da paternidade, por força do artigo 1873º do mesmo Código, prevê um prazo de dez anos para a propositura da ação, contado da maioridade ou emancipação do investigador”. Este Acórdão conta com vários votos de vencido, nos quais se apresentam argumentos muito válidos sobre o direito da pessoa ao estabelecimento da paternidade. Talvez esses argumentos voltem a ser esgrimidos quando um dia for apreciada a constitucionalidade da lei que permitiu o acesso de mulheres sós às técnicas de PMA.

Os resultados desta política legislativa são muito positivos: nos últimos 40 anos, o número de filhos de pai incógnito tem baixado substancialmente. Há cerca de 151.000 portugueses sem o nome do pai indicado no bilhete de identidade, mas apenas 8000 têm menos de 15 anos. E mais de 70% dos casos referem-se a pessoas com mais de 40 anos.

A Reforma de 1977 teve franco sucesso no intuito de por cobro à figura dos filhos de pai incógnito!

Por seu turno, o direito da família, sobretudo desde 2008 (em especial com a imposição do regime-regra de responsabilidades parentais conjuntas nas questões de particular importância - art. 1906.º, n.1 do Código Civil), muito tem feito para que as crianças – todas as crianças – tenham relações jurídicas, sociais, mas também afetivas e existenciais com os seus progenitores (embora ainda haja muito por fazer...).

#### IV. DA PMA ENQUANTO INTERVENÇÃO TERAPÊUTICA À PMA ENQUANTO MEIO DE ACESSO À MATERNIDADE.

Podemos distinguir<sup>43</sup>, de entre as técnicas de procriação medicamente assistida, a inseminação artificial<sup>44</sup>, a transferência intratubária de zigotos, a transferência intratubária de gâmetas, a fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides<sup>45</sup>. Nestas técnicas, os espermatozoides e os ovócitos podem provir do casal – designando-se por PMA homóloga – ou, pelo contrário, quando um ou ambos os tipos de gâmetas do casal não são viáveis, pode recorrer-se a um dador de espermatozoides e/ou de ovócitos, exterior ao casal, designando-se a PMA como heteróloga.

Importa sublinhar que, nos termos do artigo 1839º/3 CC, não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu. O artigo prevê as situações de recurso à inseminação levada a cabo com espermatozoides de dador, dado que, nestes casos, o marido não é o pai biológico

---

<sup>43</sup> As noções que de seguida forem explicitadas foram retiradas do Parecer 3/CNECV/93.

<sup>44</sup> A qual deve ser a técnica preferencialmente utilizada, dado ser a menos invasiva para o corpo da mulher.

<sup>45</sup> Na inseminação artificial ocorre a transferência mecânica de espermatozoides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino. Na transferência intratubária de zigotos, ambos os tipos de gâmetas são postos em contacto *in vitro* em condições apropriadas para a sua fusão - o zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas. Na transferência intratubária de gâmetas, os dois tipos – espermatozoides e ovócitos –, previamente isolados, são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo a que só aí se dê a sua fusão. Quanto à fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões, o(s) zigoto(s) é (são) incubado(s) *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação - o embrião ou embriões resultantes, no estágio de 2 a 8 células, são então transferidos para o útero ou para as trompas. Por último, no que concerne à injeção intracitoplasmática de espermatozoides, estes são injetados artificialmente no ovócito.

e “seria tecnicamente muito simples vir a demonstrar que não é o progenitor, numa ação de impugnação”<sup>46</sup>.

Após duas décadas de propostas<sup>47</sup> e debates<sup>48</sup> foi aprovada e publicada a Lei 32/2006 que regula a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida. Na sua redação originária, as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação<sup>49</sup>: era necessário um diagnóstico de infertilidade, ou ainda para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Sucede que a Lei 17/2016, de 20 Junho veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, passando também a ser possível o recurso a estas técnicas por mulheres *independentemente do diagnóstico de infertilidade* (sublinhado nosso), garantindo assim o acesso a todas as mulheres.

Ademais, na descrição de quem pode beneficiar das técnicas de PMA, estabelece-se que podem recorrer às mesmas os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual<sup>50</sup>.

## V. A LEI 17/2016, DE 20 DE JUNHO: O REGRESSO DOS FILHOS DE PAI INCÓGNITO!

Segundo o novo artigo 20º, n.º 3, se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14º, lavra-se tão-somente o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.

Ora, vimos que, nos termos do artigo 1864º CC, sempre que seja lavrado no registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai. Aquela norma surge, assim, em clara derrogação do disposto no preceito do Código Civil, mas mais ainda em contracorrente com a afirmação – que vimos ser um desiderato (progressista) do direito da filiação das últimas décadas – do direito à historicidade pessoal e do direito ao livre desenvolvimento da

---

<sup>46</sup> PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., p. 143. Estaríamos, no entender dos autores, perante a figura do abuso de direito.

<sup>47</sup> Destacamos apenas o projeto pioneiro que teve a marca e esteve na origem do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Centro de Direito Biomédico, 1990.

<sup>48</sup> Cf. ARCHER, L.: “Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999”, *Brotéria*, 2000, p. 337 ss.

<sup>49</sup> Artigo 4º/1 da referida lei.

<sup>50</sup> Artigo 6º da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 17/2016, de 20 de Junho.

personalidade.

Com efeito, se a tendência era a do estabelecimento da parentalidade, da criação de mecanismos em ordem à luta contra o flagelo da filiação anónima, alguns dos quais levados a cabo officiosamente, esta norma contradiz todas aquelas considerações, antevendo-se o renascer de filhos “sem pai” ou “filhos de pai anónimo”. E agora não como um facto indesejado ou uma falha do sistema, mas como uma consequência prevista (ou previsível) e intencionada (desejada?) pelo legislador histórico de 2016 e com o apoio do Serviço Nacional de Saúde...<sup>51</sup>

Note-se que este diploma vem promover a existência de duas classes de pessoas: as que são concebidas por meios naturais e que gozam de um alargado direito de investigação da paternidade e que beneficiam até de uma averiguação oficiosa da paternidade; “os outros”, nascidos por meio de técnicas de PMA, que não gozam desses direitos de filiação. Não apenas não têm nem poderão ter um pai, como não têm nem podem ter uma família paterna (avós, tios, meios-irmãos, primos).

Se a Constituição de 1976 pôs fim à discriminação das crianças nascidas fora do casamento, o legislador de 2016 criou novas diferenciações estruturais no estatuto das pessoas.

## VI. CONCLUSÃO.

Expusemos, de forma sucinta, quais os princípios orientadores do direito da filiação desde o Código Civil de 1966 e, sobretudo, a partir da Reforma de 1977. Percorremos, também, alguns tópicos dos meios de estabelecimento da maternidade e da paternidade que nos parecem deveras importante e que mereceram o nosso destaque, sobretudo por serem talvez aqueles que mais podem estar em causa com as recentes alterações à Lei 32/2006. Estas, em ordem à realização de uma outra ordem de ideias, caminham em contracorrente com aquelas que determinaram a edificação do nosso atual direito da filiação.

Resta-nos, em jeito de sùmula, questionar:

- Com a Lei 25/2016, o estabelecimento da maternidade passou a correr o risco de se abrir ao terreno dos negócios jurídicos e dos contratos, pondo fim ao princípio da taxatividade dos vínculos de filiação,

---

<sup>51</sup> O Parecer do 87/CNECV/2016 defende – no plano ético - que os recursos públicos do Serviço Nacional de Saúde não teriam que suportar este desejo de maternidade por parte de mulheres férteis. Mais exatamente, escreveu-se: “3. Caberá ao Estado estabelecer os critérios de acesso às Técnicas de PMA e regular o seu uso, tendo em consideração que no estabelecimento de prioridades, em situações de recursos limitados, deverá prevalecer a sua aplicação como tratamento de infertilidade.” Todavia, o Decreto Regulamentar n.º 6/2016 de 29 de dezembro colocou estas candidatas no mesmo nível de prioridade que os casais inférteis (art. 6.º, n.º 1).

- A Lei n.º 17/2016 permite o regresso de um regime jurídico que aceita e promove filhos de pais incógnitos, sobrevalorizando o interesse de todas as mulheres a procriar por meios medicamente assistidos.

#### BIBLIOGRAFÍA

ARCHER, L.: “Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999”, *Brotéria*, 2000.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, *Scritti in Onore di Giovanni Furguele* (coord. G. CONTE e S. LANDINI), Tomo I, Mantova, 2017.

Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projetos)*, Centro de Direito Biomédico, 1990.

PEREIRA COELHO, F., y FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, II-1, Coimbra, 2006.

FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: “Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 410/2011 do Tribunal Constitucional”, *Lex Familiae*, Ano 9, 2012.

VALE E REIS, R.: *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, 2008.

VILAR GONZÁLEZ, S.: *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia a California (EE.UU.) y Portugal*, Castellón de la Plana, Universidad Jaume I, 2017.