

GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA

Mães “hospedeiras”

Tópicos para uma intervenção

- O contrato de gestação pode não ter nada de técnicas novas;
- Apreciação da validade do contrato; significado da validade civil do contrato.
- **O contrato oneroso**
 - O acordo pago traduz-se na coisificação da criança
 - o dinheiro será, afinal, o preço do bebé;
 - defesa: o dinheiro paga só um serviço pessoal, o serviço de gestação; e ainda a renúncia da mãe ao seu estatuto de mãe.
 - contra: o que interessa ao casal é o bebé e não o serviço; além disto o serviço de gestação não deve ser tratado como qualquer outro serviço pessoal; por último, não é aceitável, no nosso sistema jurídico, uma renúncia privada a um estado civil.

- As mulheres pobres serão exploradas pelas mulheres ricas.
 - Confirma-se a diferença de estatuto económico;
 - Mas há formas de exploração mais duras e não denunciadas...
 - A solução estaria em garantir um preço alto, em vez de proibir o acordo; ou em excluir das candidatas as mulheres mais pobres...

- A tentação do dinheiro vicia o consentimento para o contrato.
 - Este argumento não tem relevância jurídica.

- Os pais que pretendem a criança vão exigir mais dela, por terem pago uma quantia elevada.
 - Isto seria o mesmo que dizer que os pais que tiverem de pagar uma cesariana se vão tornar mais exigentes do que se o filho tiver nascido de um parto normal...

- A adopção e a dação de órgãos só podem ser gratuitas.

- Pode haver avaliação patrimonial de danos pessoais, como o da perda da capacidade reprodutiva. Por que razão não se há-de avaliar e pagar o serviço de reprodução?

- Mas uma coisa é compensar patrimonialmente um dano pessoal, e outra coisa é transformar o bem pessoal em objecto de negociação livre!

Conclusão: o acordo pago traduz uma degradação da pessoa da criança e da mãe. É contrário à dignidade humana e, portanto, viola um princípio de ordem pública, sobre que assenta toda a nossa vida jurídica (cfr. o art. 1º da Const. da Rep.).

- **O acordo gratuito.** Desaparece o aspecto mais antipático: o pagamento.
 - A favor alega-se o direito constitucional de constituir família. Sentido deste direito e limites:
 - Abrange o direito de procriar;
 - Os inférteis devem poder recorrer aos meios existentes;
 - Mas não significa que todos os meios estejam disponíveis;
 - Nem se diga que o marido do casal está verdadeiramente impedido de procriar, mas apenas de o conseguir num certo enquadramento jurídico que pretende.

- O interesse do filho está garantido pelo desejo sincero dos pretendentes.
 - Ainda que isto seja assim, o que deve relevar

é o interesse concreto das crianças, em face de todas as circunstâncias e um caso. Ora, nestas situações a criança ainda não existe; e não tem sentido estabelecer uma presunção abstracta de satisfação do interesse de uma criança que não existe.

- Deve ser possível solucionar a falta de um filho através de um acordo particular, livre da interferência do Estado.

- Esta maneira de ver o problema pretende operar com instrumentos contratuais, em vez de usar as técnicas de direito de família. Porém, nos sistemas europeus, estas questões envolvem necessariamente uma intervenção do Estado, imperativa ou simplesmente homologadora. É neste quadro que se entendem as expressões de que o estado das pessoas não é disponível, de que o estatuto de mãe está fora do comércio jurídico. O destino de um filho escapa à mera decisão dos seus progenitores, é assunto de interesse público, e todas as alterações do estado civil são controladas pelo Estado.

Conclusão: um negócio privado de gestação para outrem não pode ser reconhecido pelo nosso Direito. O destino de uma criança só pode ser decidido por um

tribunal, em face de uma ponderação concreta dos seus interesses. O contrato é contrário ao princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores; deverá ser considerado contrário a um princípio de ordem pública em matéria de direito da família, e portanto nulo nos termos do art. 280 do C.C..

- Além disto, o acordo não quadra com o nosso sistema ainda por duas razões:

- o consentimento prestado não joga com as exigências formuladas para o caso paralelo da adopção;

- a mulher que pretende o filho não pode criar a expectativa de que vai conseguir adoptar o filho, como que na sequência normal do cumprimento do contrato.

- E mesmo que alguém admitisse que o contrato poderia ser válido, sempre teríamos de dizer, em face do nosso Direito, que uma limitação dos direitos de personalidade é sempre revogável; e deveríamos aplicar, por analogia, a regra da adopção que permite o arrependimento da mulher mesmo que já tenha entregado o filho.

Resta acrescentar que foi este o entendimento da “Comissão para o enquadramento das novas tecnologias”.

E uma última ressalva: se a mulher que pretende o filho faz o registo de nascimento como se fosse a mãe está a praticar o crime de “Falsificação de estado civil” (antigamente designado por “parto suposto”) e, portanto, maiores razões haveria para considerar nulo o acordo que tendesse para uma actuação criminosa.