

OPINIÃO



MARTA DUARTE
Sócia da CCA

Não será demais?

Os debates em torno da gestação de substituição, ou como é vulgarmente conhecida “barriga de aluguer”, não são isentos de questões e dúvidas de ordem ética, moral, médica e jurídica, mas, em Portugal, a gestação de substituição já foi aceite pelo CNECV, pelo CNPMA e pelo Tribunal Constitucional.

É verdade que o Tribunal Constitucional veio declarar a inconstitucionalidade nas normas respeitantes à gestação de substituição, mas o fundamento não foi a inadmissibilidade da gestação de substituição, mas antes pontos concretos do regime legal. Assim, podemos assumir que, em Portugal, a gestação de substituição é aceite como técnica de procriação medicamente assistida.

Em Portugal, pelo menos até à decisão do Tribunal Constitucional, e muito provavelmente com a nova lei, a gestação de substituição é admitida em casos excecionais e a título gratuito, só sendo admitido pagamento de despesas decorrentes do acompanhamento de saúde necessário, sendo crime a gestação de substituição a título oneroso, em que a gestante de substituição recebe determinadas quantias como contrapartida.

Na incriminação da gestação de substituição mediante pagamento, aquilo que se pretende tutelar não é a identidade genética do ser humano, nem proibir o próprio instituto da gestação de substituição, porque isso passaria pela não admissão total da existência da gestação de substituição.

Mas será a criminalização da gestação de substituição onerosa justificável e necessária?

O direito penal é um direito que deve intervir como último recurso, estando reservado para a proteção dos bens jurídicos fundamentais à vida



Istock

em sociedade.

A verdade é que, na gestação de substituição, estamos perante mulheres que, de livre vontade, optam por dispor do seu corpo para que outros possam concretizar o sonho de serem pais e constituírem uma família. Salvo o devido respeito, esta proibição, apenas porque existe um pagamento associado, é mais uma imposição do ponto de vista moral do

O direito penal deve estar reservado para casos nos quais sejam postos em causa os direitos fundamentais ou os princípios basilares do ordenamento jurídico, o que não acontece na gestação de substituição apenas por existência de um pagamento.

que propriamente a intenção de proteção de um qualquer bem jurídico merecedor de tutela penal, e a verdade é que cabe ao direito penal proteger bens jurídicos e não concepções morais.

Mesmo com a criminalização da gestação de substituição, cada vez mais pessoas recorrem a barrigas de aluguer no estrangeiro, onde este tipo de procedimento é admitido. E

mesmo com a espada do cometimento de um crime a pairar sobre as suas cabeças e a, cada vez mais certa, possibilidade de virem a enfrentar um processo-crime, nada as demove de recorrer à gestação de substituição no estrangeiro porque o desejo de ter um filho e constituir uma família é mais forte que a espada da justiça. Tal demonstra que a criminalização não é dissuasora, revelando que a sociedade não assume a prática desse comportamento como a violação de um bem essencial à comunidade e que a função de prevenção que deve estar subjacente ao direito penal não cumpre a sua função.

Mãe a lei pune igualmente como crime os contratos de gestação de substituição que, ainda que gratuitos, sejam celebrados fora dos casos previstos na lei. Um desses casos é se a gestante tiver, face aos beneficiários, uma situação de subordinação económica. Este, na minha opinião, é um dos casos em que o legislador foi longe demais na criminalização das condutas.

Se a vontade da mãe de substituição não foi determinada em função dessa relação de subordinação económica, mas antes por um sentimento altruísta e vontade de auxiliar na gestação de uma criança e na constituição de uma nova família, não existe o desvalor inerente a um comportamento criminalmente punível, não sendo digno de tutela penal.

O direito penal deve estar reservado para casos nos quais sejam postos em causa os direitos fundamentais ou os princípios basilares do ordenamento jurídico, o que não acontece na gestação de substituição apenas por existência de um pagamento ou de uma subordinação económica sem quaisquer outros elementos de desvalor associados. ■